﴿ فهرست مبحث الحجر ﴾

﴿ فهرست مبحث الحجر ﴾

﴿ فهرست مبحث الضمان والحوالة ﴾

﴿ فهرست مبحث الكفالة و الصلح ﴾

﴿ فهرست مبحث الصلح ﴾

﴿ تمت الفهرست ﴾

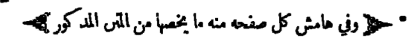


من

كتاب

مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة

أوله كتاب الدين تصنيف المولى العلامة
المحقق المدقق المتبحر المتقن
السيد محمد جواد بن محمد
بن محمد الحسيني العاملي
المجاور بالنجف الاشرف
حيا وميتا قدس الله سره
آمين



﴿ كتاب الدين ﴾ وتوابعه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان (الاول) تكره الاستدانة اختيارا (متن)



الحمد لله كما هو اهله والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله عن علمائنا ومشايخنا اجمعين وعن رواتنا الصالحين (و بعد) فهذا ما وفق الله سبحانه بفضله واحسانه اليه واعان عنه وكرمه وحسن تجاوزه عليه من اجزاء (مفتاح الكرامه) في شرح قواعد العلامه اعلا الله مقامه تأليف الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسني العاملي عامله الله سبحانه بفضله في الدنيا والآخره

﴿ كتاب الدين وتوابعه وفيه مقاصد الاول في الدين وفيه مطلبان ﴾

قال في (الصحاح) ابو عبيد الدين واحد الديون يقال دنت الرجل اقرضته وهو الذي يظهر من مطاوي كلام النهاية وفي (المصباح المنير) الدين لغة القرض وثمن المبيع فالصداق والغصب ليس بدين لغة بل شرعا على التشبيه وفي (القاموس) الدين ماله اجل وما لا اجل له فقرض وفي (جامع الشرائع) الدين ما ثبت في الذمة بقرض او بيع او اتلاف او جناية او نكاح او نفقة زوجه او بسبب جناية من يعقل عنه وكل قرض دين ولا عكس (وفي الوسيلة) القرض كل مال لزم في الذمة بعقد عوضا عن مثله والدين كل مال لزم في الذمة عوضا عن غير مثله وفي (جامع المقاصد) في الفرع الثالث عشر كلام نافع في المقام حداً استمعه والمصنف جعل في الدين مطلبين ثانيهما في القرض وقضيته ان الدين واقع على كل ثابت في الذمة سواء كان قرضا ام لا وسيأتي له في الفرع الثالث عشر ما يلوح او يظهر منه المخالفة لما هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ تكره الاستدانة اختيارا ﴾ كما في (السرائر والغنية وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح وهداية الحر) وهو ظاهر النهاية حيث قال لا ينبغي ونقل عنه في (المختلف) انه قال يكره وهو ظاهر (المختلف) ايضا من وجه آخر (وفيه) أيضا ان المشهور كراهية الدين مع الغنا وفي (مجمع البرهان) ان الاكثر على الكراهية مطلقا الا ما استثني ولعل دليلهم على شدة الكراهية مع الاختيار مع عدم ما يرجع اليه لقضائه وعدم الولي الاخبار الدالة على المنع وستعرف حالها وعلى الجواز الاصل وحصول التراضي وآية الدين وآية الرهن وادلة السلف والنسيئة وخصوص اخبار الباب مع الشهرة فجمع بينها بالكراهية ومعنى الاختيار الغنى عنه وعدم الحاجة اليه وتفاوت الكراهة بالشدة وضدها كما ستعرف

ويخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه ﴿ متن ﴾

ولعل مرادهم بالدين المستفاد من الاستدانة ما اشتمل الذمة كما اشار اليه في (جامع الشرائع) فيدخل البيع سلفا ونسيئة بل ونقدا اذا لم يحضر الثمن الا ان يخص بما لا يكون حالا مقصودا اداؤه في الحال عرفا كما سمعته عن (القاموس) ويمكن ان يكون مرادهم به القرض كما هو موجود في كلام جماعة ويؤيدهما في (الصحاح) لكن الادلة باطلاقها اعم من ذلك ﴿ قوله ﴾ (ويخف الكراهة لو كان له ما يرجع اليه لقضائه) كما هو صريح (الدروس وظاهر التحرير) حيث قال الاولى تركه وظاهر (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) ان لا كراهة حينئذ ولعله لما دل كما ستسمع على الجواز بقول القاطعين مقيدا بالحاجة ولا بامكان الوفاء ولا بالذي كان له من يقضي عنه ظنا او علما فكيف اذا كان نعم اجد هذه الثلاثة مضافا الى ادلة السلف والنسيئة وحصول التراضي وتغييرها وقد نفى في (التذكرة) الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء او كان له من يقوم مقامه في الاداء ويشهد لذلك قول الصادق عليه السلام في رواية سلمه ولا يستقرض على ظهره الا وعنده وفاء (وقوله عليه السلام) بعد ذلك الا ان يكون له ولي يقضي عنه من بعده وليس منا من يموت الا جعل الله عز وجل له وليا يقوم في عدته فيقضي عنه عدته ودينه لكن هذه الرواية دلت على كمال المبالغة في الكراهية حيث دلت على ان السؤال والطواف على الابواب يتقدم على الاستدانة مع شدة ما ورد في المنع عن السؤال (واما قوله) في صحيحة معاوية بن وهب انما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك يعني عدم الصلاة على الانصاري الذي مات ليعطوا و يرد بعضهم على بعض ولئلا يستخفوا بالدين وقد مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه دين ومات الحسن عليه السلام وعليه دين وقتل الحسين عليه السلام وعليه دين فقد يدل على ان المنع للمبالغة ولهذا أول فعله صلى الله عليه وسلم بما ذكر ولم يذكر عدم الحاجة ولا عدم مال يرجع اليه لقضائه ولا عدم من يقضي عنه (نعم) قد يستفاد من رواية سلمه ونحوها عدم شدة الكراهة مع وجود هذه الثلاثة (فليتأمل) وفعلهم صلوات الله عليهم يحتمل أحد الامرين المذكورين في خبر سلمه أو كليهما بناء على زوال الكراهية بأحدهما مع الحاجة أو يكون لمحض الدلالة على الجواز أو ورفع الشدة ولا حاجة الى حمله على الضرورة وشدة الحاجة كما في (التحرير والدروس وجامع المقاصد) وفي (الدروس والمفاتيح) ان الكراهية تخف أيضا اذا كان له ولي يقضي عنه وقد يلوح ذلك من (التحرير) وظاهر (النهاية وجامع الشرائع) زوال الكراهية اذا كان يعلم انه اذا مات قضى عنه وليه وهو الذي فهمه من (النهاية) المصنف في (المختلف) وقد سمعت ما في التذكرة وقد اعترض في (السرائر) كلام النهاية فقال انه غير واضح لان الولي لا يجب عليه قضاء دين من هو ولي له بلا خلاف ورده (في المختلف) بأن الشيخ لم يدع وجوب القضاء على الولي وانما عول في زوال الكراهية على ما رواه سلمه وساق محل الشاهد من الرواية ورده أيضا في (الدروس) قال وكذا أي تخف الكراهية لو كان له ولي يقضيه وان لم يجب عليه فزالت مناقشة ابن ادريس لان عدم وجوب القضاء لا ينافي وقوع القضا (وفيه) ان زوال مناقشة ابن ادريس بما قاله غير واضح بل بالرواية ونفي الحرج (وليعلم) ان اطلاق عبارة الكتاب والدروس يقتضي كراهية الاستدانة كراهية مخففة اذا كان له ما يرجع اليه لقضائه سواء كان غنيا أو محتاجا وقد تشعر بنحو ذلك عبارة التحرير وقد سمعت آنفا ما في (التذكرة) من نفي الكراهية مع الحاجة اذا كان له وفاء أو ولي واعتمده صاحب (جامع المقاصد) وقد يكون قيد الاختيار في المسئلة الاولى

وتزول مع الاضطرار اليه فيقتصر على كفايته ومونة عائلتـة على الاقتصاد و يجب العزم على القضاء (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ وتزول مع الاضطرار اليه ﴾ كما في (السرائر وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والدروس) وهو معنى قوله في (التذكرة) وان اشتدت مأخوذا هنا في عبارة الكتاب ونحوها كما هو الظاهر زالت وهو ظاهر (النهاية) وقد يلوح من (الغنية) ودليله العقل وظاهرهم انه لا فرق بين أن يكون له وفاء أو ولي وعدمه ولم يعلم من فعله صلوات الله عليه ولا من فعلهم صلى الله عليهم انه كان للحاجة كما أشرنا اليه آنفا وقد يدل خبر سلمه على عدم زوالها بالكلية مع الاضطرار اذا لم يكن له أحد الامرين لانه قدم فيه سؤال اللقمة واللقمتين والتمرة والتمرتين على الدين وان أرادوا بالاضطرار خوف التلف وجبت « فأمل » وقال (الرضا عليه السلام) فان غلب عليه فليستدن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه وسلم مايقوت به عياله (وليعلم) انه لو تمكن من الصدقة حيث لا ولي ولا وفاء كرهت له الاستدانة وان اضطر في وجه قوي يرشد اليه خبر سلمه وفي (التذكرة) ان سؤال الناس حينئذ أولى من الاستدانة وفي (النهاية والسرائر والتحرير والدروس) ان قبول الصدقة للمستحق أولى من الاستدانة ونحوه مايأتي للمصنف ولو خاف التلف ولا وجه له سواها وجبت كما في التذكرة وغيرها واذا توقف قضاء حاجة المؤمن مثلا مع القدرة على الاداء بسهولة وسرعة استحبت واذا قصد التوسعة مع القدرة كذلك كانت مباحة واذا لم يقدر على الاداء لا حالا ولا مؤجلا لعدم شيء عنده وعدم قدرته على الكسب ونحوه مما يحصل به الاداء عرفا مع عدم الحاجة بالفعل وعدم اطلاع الداين على حاله حرمت وكذا مع نية عدم الاداء وعلى الاول يمكن حمل قول أبي الصلاح وأبي المكارم بالحرمة اذا لم يكن قادرا على قضائه والذي يقتضيه النظر باعتبار القواعد ومراعاة الاخبار ان المدار الحاجة الشديدة وعدمها لا كراهية فيه مع وجود الوفاء او الولي وما عداه مكروه بمراتب متفاوتة وأخبار الباب [illegible] غير صريح كقول (الصادق عليه السلام) نعوذ بالله [illegible] الرجال [illegible] أولا صحيح ولا صريح كالاخبار المروية عنه صلى الله عليه وسلم وعن أمير المؤمنين والصادق عليهم السلام (وقيل) خبر سلمه الدال على شدة الكراهة أو المنع وعلى زوالها أو خفتها مع الولي او القدرة على الوفاء كما عرف والضمير في الية في العبارة راجع الى الدين المستفاد من الاستدانة [illegible] على [illegible] اته ومؤنة عياله على الاقتصاد وفي (النهاية) وعند الضرورة لا يستدين الا مقدار حاجته اليه من نفقته ونفقة عياله وفي (السرائر) لا يستدين الا مقدار حاجته وكفايته على الاقتصاد من نفقته ونفقة عياله من يجب عليه نفقته ولا يجوز ان مرتبة الكفاية والحاجة دون مرتبة الاقتصاد والاقتصاد دون مرتبة التوسعة فيحتمل أن يكون الاقتصاد في عبارة الكتاب قيدا في الامرين أي كفايته ومؤنة عياله فيراد بالكفاية حينئذ الكفاية عادة فترادف الاقتصاد ويكون للايضاح ويحتمل أن يكون قيدا في الاخير فيكون المراد أنه يقتصر في الاستدانة على ما يدفع به حاجته وان لم يبلغ مرتبة الاقتصاد [illegible] بالنسبة الى عياله ويستدين ما يبلغ به مرتبة الاقتصاد ولا يتجاوز الى التوسعة (مما) ذكر يعرف توجيه [illegible] النهاية والسرائر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب العزم على القضاء ﴾ كما في (المراسم والسرائر والتذكرة والارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) وهو معنى ما في (المقنع والنهاية وجامع الشرائع) من انه ان لم ينو كان سارقا وهو مضمون ما في النصوص من ان من استدان دينا فلم ينو قضاءه كان بمنزلة

ويكره لصاحب الدين النزول عليه فان فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة ايام وينبغي له احتساب ما يهديه اليه مما لم تجر له به عادة من الدين والافضل للمحتاج قبول الصدقة ولا يتعرض للدين ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته (متن)

السارق ولما كان القضاء واجبا كان العزم عليه كذلك وفي (جامع المقاصد) يدل عليه النص والاجماع وفي (المسالك) ان ذلك من أحكام الايمان وفيه نظر ظاهر (١) نعم اعتقاد وجوب الاداء من أحكام الايمان لا قصد الاداء وفعل الواجب والا لكفر من اعتقد وجوب الصلاة ولم يقصد فعلها أولم يفعلها ولعل معنى العزم على القضاء انه يجب عليه الوفاء عند الطلب والامكان بمعنى انه يكون في قصده اذا خطر بباله ولا يفرق في ذلك بين أن يكون المدين حاضرا أو غائبا وان كان يتوهم من عبارة الشرائع خلاف ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويكره لصاحب الدين النزول عليه ﴾ للصحيح وغيره واجماع (الغنية) ولما فيه من الاضرار وبه صرح في (النهاية والسرائر والتذكرة) وغيرها والصحيح واضح الى المديون وان لم يجر له ذكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل فلا يقيم أكثر من ثلاثة أيام ﴾ كما في (النهاية والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح) للموثق وغيره واجماع الغنية وعن أبي الصلاح انه يحرم الزائد وفي رواية سماعة لا يأكل من طعامه بعد ثلاثة أيام وهو محمول على الكراهية الشديدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينبغي له احتساب ما يهديه مما لم تجر له به عادة من الدين ﴾ كما في (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) وغيرها لامر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك وهو على الاستحباب قطعا لان الهدية يجوز قبولها مطلقا كما في (جامع المقاصد) وفي (الدروس والمفاتيح) ينبغي له احتساب ما يهديه ويتأكد فيما لم تجر عادته به الحجة على ذلك الموثق ومفهوم الخبر ان كان يصلك قبل أن تدفع اليه مالك فخذ منه ما يعطيك وفي (الغنية) الاجماع على كراهية قبول هديته لاجل الدين وعلى ان الاولى اذا قبلها الاحتساب بها من جملة ما عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو التجأ المديون الى الحرم لم تجز مطالبته ﴾ كما في (السرائر والتذكرة وجامع المقاصد والتحرير والدروس) ومعنى الالتجاء انه دخل اليه متحصنا به وعليه حمل في (السرائر) عبارة النهاية حيث قال في (النهاية) اذا رأى صاحب الدين المدين في الحرم لم تجز مطالبته ولا ملازمته ونحوه ما حكي عن علي بن بابويه اذا كان لك على رجل حق فوجدته بمكة أو في الحرم فلا تطالبه ولا تسلم عليه فتفزعه الا أن تكون أعطيته حقك في الحرم فلا بأس أن تطالبه في الحرم وقال في (السرائر) وما ذكره وأورده شيخنا في (نهايته) يجب أن يحمل الخبر ان صاحب الدين طالب المدين خارج الحرم ثم هرب منه والتجأ الى الحرم فلا يجوز لصاحب الدين مطالبته ولا ازعاجه فأما اذا لم يهرب الى الحرم ولا التجأ خوفا من المطالبة بل وجده في الحرم وهو ملي بماله موسر بدينه فله مطالبته وملازمته (وقول ابن بابويه) الا أن تكون أعطيته حقك في الحرم فلك أن تطالبه في الحرم يلوح بما ذكرناه و ... على ما حررناه ولو كان ما روي صحيحا لورد ورود أمثاله متواترا والصحابة والتابعون والمسلمون في جميع الاعصار يتحاكمون الى الحكام

« ١ » مراده على الظاهر انه من لوازم الايمان ومقتضياته لمن علم بمقتضاه وان مقتضى الايمان بالله تعالى العزم على فعل الطاعة وترك المعصية ولا يستلزم ذلك كفر من خالف هذا المقتضي كما لا يخفى (محسن الحسيني العاملي)

أما لو استدان فيه فالوجه الجواز ويجب على المديون السعي في قضاء الدين (متن)

في الحرم ويطالبون الغرماء بالديون ويحبس الحاكم على الامتناع من الاداء الى عصرنا من غير تناكر بينهم في ذلك واجماع المسلمين على خلاف ذلك ووفاق ما اخترناه وهذا معلوم ضرورة أو كالضرورة الى آخر ماقال وهو صريح التحرير أيضا ولكن في (الغنية) الاجماع على انه لايحل له المطالبة على حال وعلى هذا فيحمل مافي (السرائر) على سيرة المخالفين لانه من يوم مات صلى الله عليه وآله لم يكن لنا قضاة ولا حكام « فتأمل » وفي (جامع الشرائع) ولا يطالبه في الحرم ولا يسلم عليه فيه لئلا يروعه حتى يخرج وقد يحمل كلامهما على ما حمل عليه كلام النهاية (١) وفي (المختلف) تكره المطالبة ان أدانه خارج الحرم وان أدانه فيه لم يكره وفي (الدروس) انه قول نادر وألحق القاضي والتقي مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والمشاهد المشرفة بالحرم وهو الموافق للاعتبار وقال جماعة انه يضيق عليه في المطعم (المأكل خ ل) والمشرب لأن يمنع من أسباب النقل وقد تقدم مثله في باب الحج فيمن التجأ الى الحرم وعليه حد أو تعزير او قصاص وتمام الكلام في المطالبة يأتي انشاء الله في الفرع السادس ﴿ قوله ﴾ ﴿ اما لو استدان فيه فالوجه الجواز ﴾ كما في (التذكره والايضاح وجامع المقاصد) وهو الذي سمعته عن علي بن بابويه وقد سمعت مافي (السرائر) وهو ظاهر كل من قال ولو التجأ الى الحرم لم تجز مطالبة لان المستدين في الحرم احد قسمي غير الملتجئ ودليله ان سبب المطالبة وهو الاستدانة قد تحقق في الحرم وانه لولاه لزم الحرج لافضائه الى منع المداينة في الحرم لان المدين اذا علم منعه من المطالبة امتنع من (عن خ ل) الادانة وفي ذلك ضرورة وتضييق على الناس ولان الجناية الواقعة في الحرم تجوز المطالبة بها والدين اولى لانه اخف فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المديون السعي في قضاء الدين ﴾ كما في (النهاية والسرائر) وظاهر اطلاقهم وجوب السعي حتى بالتكسب وهو الموافق لما في (الوسيلة وجامع الشرائع والمختلف واللمعة والروضة ومجمع البرهان) حيث قيل فيها امر بالاكتساب وفي (الدروس والروضة) انه يجب عليه التكسب بما يليق به أي بالمديون ولو كان باجارة نفسه وعليه تحمل الرواية عن امير المؤمنين عليه السلام واستحسنه في (المسالك) وقواه في (جامع المقاصد) كانه يوافق ما حكي عن عميد الدين انه يجب على المديون السعي اذا جرت عادته بالسعي وكذا لو لم تجر عادته اذا لم يستضر وقد تحمل (عبارة الكتاب والنهاية والسرائر) على غير السعي بالتكسب كان يؤجر داره الموقوفة عليه ودابته كذلك وام ولده الموقوفة عليه على تأمل في ذلك لان في المبسوط في موضعين منه (والخلاف والسرائر والشرائع والتذكره) في موضعين منها (والتحرير والتبصره) وظاهر الكتاب وظاهر (الارشاد) انه لا يجب عليه التكسب ولا يجبر عليه وهو (خيرة غاية المرام والكفاية) بل صرح في اكثر هذه انه لا يجب عليه قبول الصدقة والوصية ولا القرض ولا تجبر المرأة على التزويج لتقبض المهر وتفي الدين ولا هو على خلع زوجته ولا على

---

(١) وان أبقي على ظاهره كان مستندهم اقوله حل شأنه ومن دخله كان آمنا فانه يقضي ببطلان سببية المطالبة وهي الاستدانة لكونه في الحرم وفيه انه اذا لم يستحق المطالبة حين التعرض لم يستحقها أصلا لانتفاء سبب آخر يقتضيها ثم انه ليس التمسك بهذا العموم في هذا الفرد بأولى من التمسك بعموم النصوص الدالة على استحقاق المطالبة بالدين والاجماع المنعقد على ذلك خرجمما اذا التجأ وبقي الباقي مضافا الى ماستسمع عن قريب (منه قدس سره)

وترك الاسراف في النفقة بل يقنع بالقليل (متن)

الاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والاغتنام والتلصص في دار الحرب وقتل الاطفال وسلب ثيابهم وسلاحهم وقد نفى الخلاف عن ذلك كله الشيخ في (المبسوط) (١) وفي (التذكرة) لو جنى عليه أو على عبده جان لا يجب عليه ان يعفوا على مال وفي قصاص (المبسوط والتحرير والارشاد والمسالك) ان له العفو مجانا وفي (غاية المرام والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) ان المشهور انه لم يجز (يجب خ ل) دفعه الى غرمائه ليستعملوه وفي (الغنية وظاهر السرائر) الاجماع على ذلك والمشهور كما في (المسالك والكفاية) انه لا يجوز الزامه ومؤاجرته وهو كذلك وقد طفحت عباراتهم بذلك وذلك نوع من التكسب كما هو ظاهر جماعة كثيرين كالشيخ في (الخلاف) وابن زهرة في (الغنية) والمصنف في (المختلف) والشهيد في (اللمعة) حيث جعلوا المسئلتين من سنخ واحد وهو كذلك الا ان تقول ان الزامه ومطالبته ومؤاجرته واستعماله غير وجوب التكسب عليه واجباره عليه قلت هو كذلك بالنسبة الى غير الاخيرين وفي (التذكرة) الاجماع على عدم جواز مطالبته وملازمته وحبسه ولم يتعرض لمؤاجرته لكنه يظهر من بعضهم في كتاب القضاء الفرق بين وجوب التكسب و بين تسليمه الى غرمائه ليستعملوه و يتسلطوا على منافعه باجارة او نحوها وقد استوفينا الكلام هناك اكمل استيفاء (حجة) القائل بوجوب التكسب عليه لقضاء الدين (ماروي عن علي عليه السلام) بطريق السكوني انه كان يحبس في الدين ثم ينظر وان كان له مال اعطى الغرماء وان لم يكن دفعه الى غرمائه فيقول لهم اصنعوا به ما شئتم ان شئتم فآجروه وان شئتم استعملوه وهو يدل على وجوب التكسب في وفاء الدين وأن قضاء الدين واجب على القادر مع المطالبة والمتكسب قادر ولهذا يحرم عليه الزكاة لان المنافع تجري مجرى الاعيان وحينئذ فهو خارج من الآية وانه يلزم الضرر والاضرار لولم نوجب عليه التكسب وان فتح باب عدم الوجوب يلزم مفاسد كثيرة (وحجة القائل بالعدم) الاصل وظاهر الآية وخبر غياث بن ابراهيم عن الباقر والصادق عليهما السلام ان عليا عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له افلاس الرجل وحاجته خلى سبيله حتى يستفيد مالا واستعدت امرأة على زوجها عند امير المؤمنين عليه السلام انه لا ينفق عليها وكان زوجها معسرا فابى ان يحبسه وقال ان مع العسر يسرا ولو كان التكسب واجبا لأمره به والمدفع لا تجري مجرى المال في جميع الاحكام وروى ابو سعيد الخدري من طرق العامة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك ولما حجر على معاذ لم يزد على بيع ماله والشهرة تجبر ما هناك من ضعف وقد رد في (السرائر) خبر السكوني بانه غير صحيح ولا مستقيم لانه مخالف لاصول مذهبنا وتمام الفرق (وقد استوفينا الكلام) في هذه المسائل ونظائرها في باب القضاء وجمعنا بين الاخبار ونقلنا جميع الاقوال وبينا الحال بما لا مزيد عليه وما ذكرناه في المقام نبذة من ذلك على حسب ما اقتضاه المقام وقد تقدم في المكاسب ان الواجب منها ما يحتاج اليه لقوته وقوت عياله ولا وجه له الا الاكتساب وبقي بعض الكلام في باب الفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ وترك الاسراف في النفقة بل يقنع بالقليل

(١) وفي قصاص السرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والروضة والمسالك ومجمع البرهان انه اذا مات وعليه دين يجوز لورثته القصاص وان لم يضمنوا الدين للغرماء وهذا يناسب ما نحن فيه ايضاً (منه قدس سره)

ولا يجب ان يضيق على نفسه ولو طولب وجب دفع ما يملكه اجمع عدى دار السكنى وعبد الخدمه وفرس الركوب وقوت يوم وليلة له ولعياله ان كان حالا (متن)

ولا يجب ان يضيق على نفسه ﴾ ولعله اراد ما في الوسيلة من انه يأمر بالاكتساب والانفاق بالمعروف على نفسه وعياله وصرف الفاضل في الدين ونحوه ما في (جامع الشرائع) من أنه يقتصد من دون صرف ولا تقتير وما فضل لدينه وفي (التحرير) يجب عليه ترك الاسراف في النفقة ويقتصد بها ولا يجب عليه التقتير ومثله ما في (الدروس) مع زيادة ان الاقرب انه يستحب له التقتير اذا رضي عياله ولعل المراد بالاقتصاد في الكتب الثلاثه هو المراد من قول المصنف بل يقنع بالقليل فيكون الممنوع منه التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وان لم يعد اسرافا وبهذا تندفع المخالفة بين مفهومي تحريم الاسراف والقناعة بالقليل اذ مفهوم الاول حل ما عداه ومفهوم الثاني تحريم ما سواه ويبعد ان يراد بالقليل القليل الذي يسد رمقه بالنسبة الى نفسه وان كان بالنسبة الى عياله يراعى الاقتصاد لكن في (النهاية) ينبغي ان يقنع بالقصد ولا يجب عليه ان يضيق على نفسه بل يكون بين ذلك قواما ومثله ما في (السرائر) غير انه ابدل يقنع بيوسع وفي (جامع المقاصد) الذي يقتضيه النظر وجوب الكف عما عدى المستثنى له من قوته وقوت عياله بالمعروف ولا يجب عليه ان يتبع بما دون ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طولب وجب دفع ما يملكه عدى دار السكنى وعبد الخدمه وفرس الركوب وقوت يوم وليله له ولعياله ان كان حالا ﴾ كما في (التذكره وجامع المقاصد) مع زيادة ثياب بدنه في الاخير وهو الظاهر من (التذكره) في اثناء عباراتها واقتصر في (النهاية والوسيلة وجامع الشرائع) على استثناء الاولين فقط وفي (السرائر والتحرير والدروس) على استثنائهما واستثناء قوت يوم وليله له ولعياله ولم يذكروا فرس الركوب وستسمع ان في الغنيه الاجماع عليه ثم زاد في الدروس ثياب البدن وفي (التذكره) الاجماع على انه لا يجوز بيع دار السكنى ونسب الخلاف في الخادم الى العامه وظاهره اتفاقنا على استثنائه قلت والنصوص متضافرة باستثناء دار السكنى وحسنة الحلبي داله على استثناء الجارية وستسمع ما في (المبسوط والغنيه) من الاجماع وقال الصدوق كان شيخنا محمد ابن الحسن رضي الله تعالى عنه يروي أنها ان كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها ببعضها فعليه ان يسكن منها ما يحتاج اليه ويقضي ببقيتها دينه وكذلك ان كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى بثمنها دارا يسكنها ويقضي ايضا بالثمن دينه وفي (الروضة) لو زادت هذه الاشياء في احد الوصفين يعني الكم والكيفية وجب الاستبدال والاقتصار على ما يليق بحاله وانه لو احتاج الى المتعدد استثني كالمتحد ومنع في (التذكرة) من بيع الدار والخادم وتكليفه شراء ادون منهما واستند الى الاصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء وقال ان كان في دار سكناه فضلة يستغني عنها وجب بيع تلك الفضلة لعدم الضروره والحديث مسنده ونص على الاخير جماعة منهم صاحب الجامع (وفي جامع المقاصد) لو كانت ثياب بدنه ... لا يليق بحاله لم يجب بيعها وان قوت اليوم والليله له ولعياله بالاقتصاد من غير تفاوت بينه وبينهم هذا كلامهم في باب الدين والظاهر عدم الفرق بين المفلس وغيره من المديونين في اكثر هذه كما في (مجمع البرهان) واما كلامهم في باب المفلس ففي (المبسوط والغنيه) الاجماع على انه لا تباع داره التي يسكنها ولا خادمه الذي يخدمه وزاد في (الغنيه) الاجماع على عدم بيع دابته التي يجاهد عليها ولم تذكر فرس الركوب في غير باب (التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والروضة) كالمبسوط

وغيره (نعم) ذكر فيه وفي غيره زيادة على الدار والخادم ثياب بدنه كما في (المبسوط) وغيره وثياب تجمله كما في (الارشاد والمختلف واللمعة) وغيرها وكسوته كما في (الشرائع) وحكي عن ابي علي أنه يستحب ان لا يطلب الغرماء بيع الدار والخادم وثياب التجمل وفي (المبسوط) ايضاً يجب ان يكسى ويكسي جميع من تجب عليه كسوته من زوجته واقاربه اجماعا وقدرها ماجرت به عادته من غير سرف وقد حد ذلك بقميص وسراويل ومنديل وحذاء لرجله وان كان من عادته ان يتطلس دفع اليه طيلسان وان كان بردا شديدا زيد في ثيابه محشوة واما جنسها فانه ايضاً يرجع فيها الى عادة مثله من (مع خل) الاقتصاد ونحوه ما في (التذكره) وفي (المبسوط) ايضاً انه لاخلاف في انه يجب عليه ان ينفق عليه وعلى من تجب نفقته من اقاربه وزوجته ومماليكه من المال الذي في يده ولا يسقط عنه نفقة واحد منهم وقال في (الكفاية) انهم قالوا انه يجري عليه نفقته ونفقة من تجب عليه نفقته وكسوته ويتبع في ذلك عادة امثاله الى يوم قسمة ماله فيعطي هو وعياله نفقة ذلك اليوم انتهى وفي (التذكره) لايزيد على نفقة ذلك اليوم لانه لا ضبط بعده وفي (المسالك) لافرق في هذه المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا وظاهره الاجماع واستشكل في (التحرير) فيما اذا كانت الدار والخادم عين مال بعض الغرماء وينبغي ان لا تباع ولا تدفع ام الولد في ثمن رقبتها اذا كان محتاجا اليها للخدمه ويكون هذا مستثنى من الرجوع في العين ومن بيعها في ثمن رقبتها وفي (التذكره) ان كل ما يترك له اذا لم يوجد في ماله اشتري له لقوله صلى الله عليه وسلم (ابدأ بنفسك ثم بمن تعول) ومعلوم ان فيمن يعوله من تجب نفقته عليه فيقدمون لانهم يجرون مجرى نفسه لان النفقه لاحيائهم وقال جماعة منهم المصنف في (التذكره) اذا كانت هذه المستثنيات رهنا جاز بيعها كما لو باشر بيع هذه الاشياء باختياره فانه يجوز قبض ثمنها وسيشير المصنف الى بعض ذلك قالوا ولا يترك الفرش والبسط بل يسامح باللبد والحصر القليلة القيمة وقال في (التذكره) اعتبار ما يليق بحاله في حال افلاسه لا في حال ثروته ولو كان يلبس دون اللائق بحاله في حال الثروة تقتيرا لم يزد عليه (اذا عرفت هذا) فاعلم ان المعظم اهملوا استثناء الكسوة في باب الدين ومن ذكر الكسوه فانما ذكرها بثياب بدنه والبدن مما لا يتناول كسوة عياله يذكروا في باب الدين استثناء قوت يوم وليله له ولعياله واستثنوا في باب الفلس عنه يوم القسمة لا غير قالوا وتجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من تجب عليه نفقته الى يوم القسمة فيعطى نفقة ذلك اليوم خاصة والجمع ممكن هين ولم اجد نصاً ولا فتوى في استثناء كتب العلم الا ما قاله المولى الاردبيلي من انهم قد يستثنون بعض الامور المحتاج اليها غالبا مثل الكتب العلمية لاهلها (نعم قد يقال) اذا كان قاضيا في بلد نآء عن الكتب ولا يمكنه القضاء بدونها يمكن استثناؤها كما لعله يرشد اليه قوله في (التذكره) ان شرط الاخذ عندنا ان لا يكون مما يحتاج اليه المفلس في ضروريات معاشه انتهى فتأمل فيه (وروى) المشايخ الثلثه عن الحلبي قال قلت لابي عبد الله عليه السلام ان علي دينا واظنه من يعوزني وقال لايتام واخاف ان بعت ضيعتي بقيت ومالي شيء فقال لا تبع ضيعتك ولكن اعط بعضا وامسك بعضا ونحوه خبر الحفظ والوسمه وقد يحملان على عدم الطلب المضيق اذ قد لا يكون الايتام ولي يطلب على الضيق بل ينفق عليهم بالتدريج فلا ينافيان كلام الاصحاب وقد يستبعد استثناء مثل الفرس والخادم والخادمين اذا احتاج اليهما وثياب التجمل دون قوت اكثر من يوم وليله ولا وجه له لان المدار على ما كان من ضروريات معاشه وبه دوام قوته وحياته وعدم اذلاله ومهانته وما زاد على نفقة اليوم والليلة ليس له حد يرجع اليه كما سمعناه عن (التذكره)

وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا ولا تصح صلاته في اول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعه المنافيه في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكاة والخمس (متن)

هذا ولو انه تبرع واعطى هذه المستثنيات في الدين فالظاهر انه يجوز له ذلك ويبرء كما نص عليه المولى الاردبيلي لكنه امر بالتأمل وهذا حديث اجمالي وتمام الكلام في محله ﴿قوله﴾ ﴿وعند حلول الأجل مع المطالبة ان كان مؤجلا﴾ اعاد ذكر المطالبه لبعد العهد ﴿قوله﴾ ﴿ولا تصح صلوته في أول وقتها ولا شيء من الواجبات الموسعة المنافية في اول اوقاتها قبل القضاء مع المطالبة وكذا غير الدين من الحقوق كالزكوة والخمس﴾ كما صرح بذلك في (السرائر والمختلف والتذكره ومجمع البرهان) واستدل عليه في الاول بان قضاء الدين واجب مضيق واداء الصلوة في اول وقتها واجب موسع وكل شيء يمنع من الواجب المضيق فهو قبيح بلا خلاف من محصل وفي (الوسيلة) ان الحال يلزم قضائه متى طالبه صاحبه مع قد المنر والمنر الاعسار ودخول وقت الصلوة حتى يفرغ من ادائها والاصحاب في باب الوكالة وغيره جعلوا المنر الشرعي ما اذا كان يصلي فطالبه او ضاق الوقت فتشاغل بالصلوة والمنر العرفي ما اذا كان في الحمام او كان يأكل ونحوه وقد جعل المصنف هنا وفي (التذكرة) الزكوة والخمس كالدين وان لم يطالب بهما الحاكم لان اربابها في العاده مطالبون وكذلك الدين لغير العالم واحترز بالمنافية عن الصلوة ومن اقوى ما يستدل به على بطلان صلوته في اول وقتها ان اداء الدين مأمور به على الفور ولا يتم الا بترك العبادة وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وما وجب تركه ففعله منهي عنه والنهي في العبادات يقتضي الفساد وان كان [illegible] ولا [illegible] في التوقف المذكور لان وجود احد الضدين يتوقف على انتفاء الآخر عقلا و[illegible] كان الضد شرعيا [illegible] المراد بعد فرضه ضدا والقول بنفي التوقف مخالف لما عليه القوم اجمع لان عدم المانع من جملة العلل كما قاله ملا ميرزا ثم ان ارادة احد الضدين مضاده لارادة الضد الآخر صرح به في الشرح الجديد للتجريد [illegible] الفعل متوقف على ارادته ففعل الضد متوقف على ارادته المتوقفه على انتفاء ارادة الضد الآخر وهو المراد بالصارف في كلام القوم فتمنع توقف فعل الضد على الصارف عن الآخر كما وقع لجماعة يصادم الاصول المقررة (وقد اعترض) جماعة بمنع كون ترك الضد مقدمه للمأمور به بل هو من المتقارنات الاتفاقية فلو كان ترك الضد مقدمه لفعل ضده لكان القول بان فعل الضد مقدمة لترك ضده اولى بالاذعان ولما كان منشا توهم التوقف هو المقارنة الاتفاقيه حصل الاشتباه في المقامين مع انه محال وغرضهم من الصورة [illegible] الاشارة الى لزوم شبهة الكعبي ووجه كونها اولى [illegible] ان فعل [illegible] مستلزم لترك الحرام لا يمكن عنه فيبقى على مدعاك ان يكون فعل المباح مقدمة لترك الحرام بالاولوية ولا كذلك ترك العباده مثلا فانه لا يستلزم اداء الدين بل كثيرا ما يترك الضد الخاص ولا يؤتى بالمأمور به وانت خبير بان الاستلزام غير التوقف وفرق تام بين كون وجوب المقدمة للتوصل وكون [illegible] وجودها للتوصل وقد حصل لهم الاشتباه في المقامين (بيان ذلك) انا نقول ان فعل المباح وان استلزم ترك الحرام لكنه ليس [illegible] له وليس ترك الحرام متوقفا عليه فان ترك الحرام قد يتخلف عن جميع الافعال مع وجود الصارف ان كانت الاكوان باقية مستغنية عن المؤثر ان لم تقل بان الكون الباقي يوصف بالاباحة وان قلنا بوصفه بها كما يوصف السكوت المستمر في المكان المغصوب بالحرمة لم يتجه ذلك الا على وجه

آخر وان قلنا بعدم البقاء او الاحتياج كان ترك الحرام مقارنا لفعل ضد من اضداده من حيث انه من لوازم وجود المكلف وانه لا يخلو منه وهذا بخلاف فعل المأمور به وهو اداء الدين فانه لا يتخلف عن ترك الضد وهو العبادة وهي مقدمة له كما عرفت وان لم يستلزمه وجودا فنشاء الخلط والاشتباه عدم الفرق بين الاستلزام والتوقف وعدم الفرق بين كون وجوب المقدمة التوصل او وجودها فنظر الجماعة المذكورين الى الوجود لا الوجوب كما سيتضح وما قالوه من انه محال يحتمل امرين (الاول) انه يلزم الدور (وفيه) ان المقامين متغايران وقد تعرض اهل الاصول لبيانه وقياسه على الحركة والسكون لا وجه له لانهما نقيضان وكلاهما في الضدين اللذين ترك احدهما مقدمة لفعل الآخر (الثاني) ان يكون المراد ان ترك الضد كما هو مقدمة لفعل الضد الاخر على دعواك ففعل الضد الآخر ايضاً علة لترك هذا الضد وقد عرفت ان فعل الضد في الغالب ليس مقدمة ولا علة لترك الضد الآخر هذا (والتحقيق) ان شبهة الكعبي لا تندفع الا بالتزام ان المباح واجب تخييرا مباح عينا لان مقدمة ترك الحرام امر (قدرخ ل) مشترك بين وجود الصارف الذي هو عدم التصور والشوق والارادة و بين فعل مباح والمفروض ان التكليف بترك الحرام مستمر فالتكليف الناشئ من قبله بالقدر المشترك كذلك (نعم) لو انقطع وجوب ذلك القدر كما في خصال الكفاره لانقطع وجوب تلك المباحات بوقوع بعض افراد ذلك القدر المشترك وما نحن فيه ليس كذلك (الا ان تقول) ان الواجب التخييري لا يسمى واجبا تخييريا الا فيما لا يمكن ان يكون لخصاله التي هي امور اختياريه بدل غير اختياري (وفيه) ان ترك تزويج احدى الاختين اي احدى التركين واجب مع انه يمكن ان لا يكون هناك شوق اصلا الى شيء منهما ومعلوم ان الشوق غير اختياري فيلزم ان لا يسمى ذلك واجباً تخييريا فتأمل جيدا (وكيف كان) فلعل منشاء توهم النافين للتوقف فيما نحن فيه ما أشرنا اليه آنفا من انهم نظروا الى ان ترك الضد كثيرا ما يتخلف عن فعل ضده فظنوا ان لا مدخلية لترك الضد في فعل ضده والا فكيف يدعي ان تركه ليس الا لفعل ضده مع ما نراه من انه يترك هذا الضد ولا يؤتى بالآخر وظنوا ان مقدمة الشيء هي ما يتوقف عليه الفعل في نظر المكلف مع تفطنه لكونه مما يتوقف عليه (واما) مع وجود الصارف عن المأمور به وعدم حصوله في الخارج فلا يتحقق واجب في الخارج فلا توقف ثم سروا الكلام الى حال الاشتغال والتفطن وانكروا التوقف (وفيه) ان عدم تفطنه للتوقف لا يقضي بعدم التوقف في نفس الامر مع انحصاره في سائر المقدمات (ومما ذكر) يعلم حال ما اجيب به عن الدليل المذكور من ان وجوب المقدمة توصلي والوجوب كذلك يقتضي اختصاصه بحالة الامكان ومع وجود الصارف عن فعل المأمور به لا يمكن التوصل اليه بترك الضد اذ انت خبير بان اختيار الصارف بالاختيار لا ينافي امكان تركه واختيار الفعل والتوصل اليه بالمقدمة كما في تكليف الكافر بالعبادة اذ هو مكلف بالواجب و بمقدماته مضافا الى ما يلزم هذا القائل من انه يجري في كل واجب لغيره فيقال وجوب الوضوء للصلوة يختص بحال امكان الصلوة ومع وجود الصارف عنها لا معنى لوجوب الوضوء ولم يقل به احد بل يلزمه ان يقول ان وجوب كل شيء مخصوص بحال امكانه ومع وجود الصارف عنه ينتفي وجوبه ونحوه ما قيل من ان دليل وجوب المقدمة لو سلم فانما هو في حال ارادة الفعل واذا وجد صارف عنه لم يكن مريدا للفعل فلا يلزم تكليف ما لا يطاق أو خروج الواجب عن كونه واجباً (وفيه) ان الدليل يدل على الوجوب في حال امكان الارادة ولا يشترط فعليتها نعم وجودها لا بد وان يكون في حال الارادة وهو غير ما نحن فيه (وربما اجيب) بان وجوبها ليس

اصليًا وانما هو تبعي وهو غير نافع للمستدل لان ما وجب تركه تبعا لا يكون فعله منهياً عنه لعدم العقاب على ترك المقدمة لانه ليس مطلوبا لذاته ولهذا لم تثبت له احكام الواجب الاصلي لانه يجتمع مع الحرام (وفيه) ان معنى قولنا ان وجوبها تبعي ان وجوب ذيها يحصل من الامر به ووجوبها يحصل من العقل وهو من ادلة الشرع فهنا خطابان اصليان للشارع احدهما لفظي والاخر عقلي ومقتضى قواعدهم وحججهم انها واجبة شرعاً وان الوجوب الشرعي لا يجتمع مع الحرام (اما الاول) فلو كان مراد القائلين بوجوبها وهم الاكثر غير المعنى الشرعي لم يكن هناك خلاف ولا نزاع لان الثاني لم ينف الا المعنى الشرعي كما هو واضح وما وجب شرعاً تبعاً او اصالة كان تركه حراما منهيا عنه لكن العقاب في التبعي على ترك متبوعه على المشهور لكننا نحن قد نفرق بين المقدمات كما ستسمع (واما الثاني) فلاتفاق علمائنا على عدم جواز اجتماع الامر والنهي في شيء واحد شخصي ومعناه ان ما امر به لا يتصور ان يقع على وجه يكون حراما بحيث يقع الامتثال سواء قلنا ببقاء التكليف وعدمه لا ما توهمه صاحب المعالم من ان امتناع اجتماع المأمور به والمنهي عنه انما هو على تقدير بقاء الوجوب بعد الفعل وما استندوا اليه من قطع المسافة على الوجه المحرم لا وجه له لانه اذا انحصر القطع في الوجه المحرم كانت مقدمة الواجب المشروط لا المطلق وكذا اذا لم ينحصر واختار القطع على الوجه المحرم وليست في الصورتين مقدمة للواجب المطلق حتى تكون واجبة وحراما كما نسب ذلك الى القائلين بوجوبها صاحب (المعالم) و بعض من تأخر عنه مع انه خلاف ما صرحوا به واقتضته قواعدهم لانهم يقولون بأن المقدمة الواجبة ليست الا القطع بالنحو السائغ ولا يجوز القطع بالنحو الحرام فاذا عصى المكلف صار حجه واجبا مشروطا وهذا القطع بالنسبة الى حجة مقدمة الواجب المشروط وكذلك الحال في انقاذ الغريق على الوجه المحرم اذ الواجب عليه الانقاذ على الوجه السائغ الحلال لكنه لما عصى حصل الغرض فظن انه امتثال وليس كذلك بل هو صرف حصول الغرض (وفيه) ان الخصم لا يريد اكثر من هذا فتأمل جيدا والقول بأن المقدمة انما هي قطع المسافة أي الامر الكلي من حيث هو من دون خصوصية الفرد المخصوص من القطع لا يدفع ضيما لتحقق القدر المشترك في ضمن الحرام (فليتدبر) فقد تحصل انها واجبة شرعا كسائر الواجبات الشرعية لا تجتمع مع الحرام أقصى ما هناك انه لا يترتب عليها ثواب ولا على تركها عقاب على المشهور لانها لم تجب لنفسها وانما وجبت لغيرها لكننا قد نفرق بين المقدمات التي هي ترك أضداد وغيرها فنقول بترتب العقاب على ترك الاولى فاذا صلى ولم يقض الدين كان معاقبا على فعل الصلاة فليلحظ هذا والمحقق الثاني في (جامع المقاصد) لم يلتفت الى هذه الاجوبة لشدة وهنها (فأجاب) عن الدليل المذكور بأنا لا نسلم ان الواجب الموسع يكون تركه مقدمة لواجب مضيق لانه لم يقم عليه دليل وظاهر الاوامر الواردة به الاطلاق في جميع وقته الا ما أخرجه الدليل (ثم اعترض) بأن وجوب قضاء الدين على الفور ينافي وجوب الصلاة في الوقت الموسع لانه حين وجوب الصلاة اذا تحقق وجوب القضاء على الفور يلزم تكليف ما لا يطاق وان لم يبق وجوب القضاء خرج الواجب عن كونه واجبا (وأجاب) بأنا لا نسلم وجوب تكليف ما لا يطاق اذ لا يمتنع أن يقول الشارع أوجبت عليك كلا من الامرين لكن أحدهما مضيق والآخر موسع فان قدمت المضيق فقد امتثلت وسلمت من الاثم واذا قدمت الموسع فقد امتثلت وأثمت بالمخالفة في التقديم (والحاصل) ان الامر يرجع الى وجوب التقديم وكونه غير شرط في الصحة والامتثال مع انتفائه بتضييق الوقت فانه ان بقي الوجوب لزم ما سبق وان خرج لزم خروج الواجب عن صفة الوجوب مع انه لا دليل على الترجيح اذ هما واجبان

مضيقان قد تعارضا فلا بد من خروج أحدهما عن صفة الوجوب لئلا يلزم المحذور والدلائل تدل على خلافه ومع تسليمه فلا دليل يقتضي خروج واحد بعينه من الصلاتين (من خ ل) أجزاء الوقت المحق المضيق فالحكم بصحة الصلاة في آخر الوقت أيضا باطل لأنه يستلزم الترجيح بلا مرجح ولا تناقضه بمناسك يوم النحر فان الترتيب فيها واجب ولو خالف اجزأت عن الواجب الذي في الذمة وانما يجزئ لو كانت واجبة مع عدم الترتيب لامتناع اجزاء غير الواجب عن الواجب وانما يعقل الوجوب على التقديرين والتأثيم على تقدير واحد بخصوصه بناء على ماقدمناه فلوكان وجوب شئ يقتضي ايجاب مايتوقف عليه وان كان مقابله (في مقابله خ ل) واجبا لامتنع الاجزاء هنا وفي كل موضع اشبهه وقال ان هذا من غوامض التحقيق (وفيه) على ان الامر بقضاء الدين عند المطالبة معارض للاوامر المطلقة المتعلقة بالعبادة تعارض قولك صلي وانقذ الغريق في أي وقت غرق ومعلوم ان الثاني يحكم في مثله على الاول لاطلاقه فكأنه قال صلي وأنت مأمور بالصلاة وانقاذ الغريق الا اذا عرض لك غريق فلست مأمور بالصلاة فكان الدليل قائما على ان ترك الواجب الموسع مقدمة لواجب مضيق (وقوله) لايمتنع الى اخره لا نمنعه لكنا لانصير اليه الا اذا علمت ارادته كما في مناسك منى والا فالبناء على ظاهر الخطاب من الاطلاق والتقييد وفي صورة ضيق الوقت نقول ببقاء الوجوب ان كان ذلك من تقصير المكلف والا فلا ويقدم ما هو اهم في نظر الشارع فتقدم الصلوة على ايفاء الدين ويقدم انقاذ المؤمن وحفظ بيضة الاسلام على الصلوة ثم انه في (جامع المقاصد) قال فان قيل الضد العام انما يتقوم بالاضداد الخاصه فكون الضد الخاص ايضاً منهيا عنه (واجاب) ان المطلوب في النهي هو الكف عن الشيء والكف عن الامر العام غير متوقف على شئ من الامور الخاصه لامكان الكف عن الامر الكلي من حيث هو هو (وفيه) على تقدير امكانه ان ذلك ليس بمطلوب بل المطلوب الاجتناب عن الخصوصيات كما في سائر المناهي كالزنا ونحوه ثم ان قوله جل شأنه « انما يتقبل الله من المتقين » ونحوه مما ورد في الاخبار يقتضي عدم قبول الضد من تارك المأمور به الا أن يفرق بين الاجزاء والقبول لكن يشكل ذلك في المستحبات لان اجزائها حصول الثواب وهذا هو القبول (الا ان يقال) ان قوله عز وجل « ان الحسنات يذهبن السيئات » ونحوه مما ورد في الاخبار في المستحبات يقتضي القبول من المسيء أيضا (الا أن يقال) ان القبول على سبيل اللزوم انما يكون من المتقين وأما القبول من غيرهم فانما هو بعنوان التفضل ولذا ورد ان من فعل كذا كان له كذا ويستوجب الغفران ودخول الجنة وما تعلق به الشهيد الثاني من عظم البلية وعموم البلوى من لزوم بطلان النافلة مطلقا والفريضة الامع الضيق ولزوم التيمم الا لاوحدي الناس فانما يدل على الصحة وعدم اعمال هذا المقتضي لا على نفي المقتضي فيصير الحاصل ان اقتضاء الامر النهي عقلي لكن لانقول ان النهي يقتضي الفساد وذلك لوصح كان أصح مايتمسك به للصحة اذ لوصح ذلك لكثر في الناس القيل والقال والتناهي ولو جدت حملة العلم وأهل الديانات ينهون أكثر الناس عن النافلة ويلزمونهم بتأخير الفريضة الى آخر الوقت وفي انتفاء ذلك واستقامة الطريقة على قديم الدهر وسالف العصر على خلافه دليل على بطلانه لكنه يلزم على هذا اجتماع الامر والنهي في الضد المنهي عنه أعني الصلاة في المثال المذكور الا أن نقول ان النهي التبعي لايقتضي التحريم كما انه لايقتضي الكراهية وكما ان الوجوب التبعي لايستحق عليه ثوابا ولا على تركه عقابا لكن قد يقال ان هذا رجوع الى المقارنة (فتأمل) وأما قطع المسافة على البعير المحرم فالنهي فيه ايصالي فليتامل في ذلك او نقول ان النهي عنه بالنهي التبعي ايقاع الضد اعني الصلوة لا ماهيتها كالصلوة في المسجد

وتباع دار الغلة وفاضل دار السكنى ودار السكنى ان كانت رهنا ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكه او وارثه ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه (متن)

فان ماهيتها واجبة وايقاعها في المسجد مستحب وهذا رجوع الى ما في (جامع المقاصد) فقد تحصل ان المقدمة ان كانت تركا لضد كان النهي عن ايقاع ضدها وان كانت فعلا وأتى بها على وجه محرم كان النهي عن فعلها كقطع المسافة على البعير المحرم فليلحظ فانه دقيق ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتباع دار الغلة ﴾ بلا خلاف اجده والمراد بها الدار المرصدة للنماء كالبيت المعد للاجارة ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفاضل دار السكنى ودار السكنى اذا كانت رهنا ﴾ قد تقدم الكلام فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غاب المدين وجب على المديون نية القضاء والعزل عند وفاته والوصية به ليوصل الى مالكه ولو جهله اجتهد في طلبه فان آيس منه قيل يتصدق به عنه ﴾ هذه المسئلة قد تكلمنا فيها في باب الميراث عند الكلام على ميراث الغائب غيبة منقطعة لعدم الفرق بين الميراث وبين سائر الحقوق كما نص عليه بعضهم ولا بد ان نذكر كلامهم في المقام وقد عبر المصنف وغيره بما لو غاب المدين ونحوه وزاد في (النهاية والسرائر) غيبة لا يقدر عليه معها (وفي الشرائع والنافع والمختلف) غيبة منقطعة والمراد بمنقطع النية ما صدق عليه ذلك عرفا لانه يختلف فيه باعتبار نباهة الشان وخمول الذكر وذلك قد يكون لطول الغيبة حتى ينقطع خبره أو لافتقاده بين ركب وعسكر ونحو ذلك أما من عرف مكانه كمن أسرته الروم او اسره السلطان ولم يعرف خبره فكأنه لا يصدق عليه هذا العنوان ولا كذلك عنوان النهاية لكن المصنف في (المختلف) نزل عنوان النهاية على ما في الشرائع (وقد يقال) ان المدار على القدرة وعدمها ومن ذلك ما اذا لم يعلم أحي هو ام ميت فليتامل في ذلك اذ قد يفهم من العبارات الاربع ان الغائب غيبة غير منقطعة او يقدر عليه معها انه لا يجب الايصاء بماله ولا عزلها بل يسلمها اليه أو يستأمره في امرها او يكون حاله حال سائر الديانة وقد صرحوا بانه لا يجب على المديون « حينئذ » نية القضاء وقد سمعت فيما سلف ما دل على وجوب نية القضاء مطلقا من نص واجماع ولعل الوجه في اعادته ان الحكم هنا آكد او يكون المراد وجوب تجديد العزم « فليتامل » فيه واما وجوب العزل عند وفاته فظاهرهم انه اجماعي كما في (جامع المقاصد) وظاهر كلامهم انه لا خلاف فيه كما في (المسالك) والاجماع ظاهر (المختلف) كما ستعرف وقد نسبه اليه صاحب (المسالك والكفاية) ايضاً وفي (النهاية) وجب ان ينوي قضائه ويعزل ماله عن ملكه فان حضرته الوفاة اوصى به وظاهره انه يجب العزل مطلقا وحمله في (المختلف) على من حضرته الوفاة او على استبقاء ما يساوي الدين بمعنى انه يجوز له التصرف في جميع امواله بالصدقة وغيرها الا ما يساوي الدين وذلك لانه في (السرائر) بعد ان نقل كلام (النهاية) رده بان العزل غير واجب بلا خلاف بين المسلمين فضلا عن طائفتنا وظاهر توجيه (المختلف) ان العزل عند الوفاة مجمع عليه عندنا والا لما صح ان يكون جوابا لابن ادريس وهو الذي فهمه منه صاحب (المسالك والكفاية) كما عرفت ومما يقطع به على ذلك ان ابن ادريس قال قبل ذلك انه اذا حضرته الوفاة سلمه الى من يثق به كما ستسمع كلامه وهو يقضي بوجوب العزل عند الوفاة وفي (جامع الشرائع) اهمل ذكره بالكلية وكانه فهم من اجماع جده الاطلاق وفي (المسالك) وغيرها لولا ظهور الاجماع لامكن تطرق القول بالعدم للاصل مع عدم النص (وربما)

وجه بانه غاية ما يمكن وانه اقرب الى الايصال وبعيد عن تصرف الغير وهو كما ترى لا يقضي بالوجوب مع ان قضية ذلك انه يتعين بذلك فلو تلف يكون من مال الغريم وليس كذلك لعدم الدليل على الانتقال ولعل معقد الاجماع لا يتناول ذلك وفي (ايضاح النافع) الظاهر انه يتعين بالعزل وقد يكون العزل ليتصرف في باقي التركة اذ بدونه لا يجوز له التصرف فيها وفي (الرياض) نسب وجوب العزل عند الوفاة للنهاية والموجود في (النهاية) والمحكي عنها ما سمعته وحكي عن (السرائر) انه ادعى اجماع المسلمين على عدم وجوب العزل والموجود فيها نفي الخلاف بينهم وهذا سهل وحكي عن (المسالك) انه احتمل عدم الخلاف وقد سمعت عبارة المسالك بلفظها واعظم من ذلك انه في (الرياض) وجه اجماع (السرائر) على عدم وجوب العزل مطلقا وقد عرفت انه محكي على مخالفة ما في (النهاية) والا لما صح توجيه (المختلف) ولما صح ما في (المسالك والكفاية) من ان ظاهر (المختلف) الاجماع كما عرفت واما وجوب الوصية به فهو ظاهر (النهاية) كما عرفت (والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة) وغيرها وفي (غاية المرام) انه لا خلاف فيه وفي (مجمع البرهان) كانه لا خلاف فيه ويدل عليه بعض الاخبار مؤيدا بالاعتبار وفي (السرائر) انه يسلمه الى من يثق بديانته ويجعله وصيه في تسليمه الى صاحبه وفي (الروضه) يجب كون الوصايه الى ثقة وان قلنا بجواز الوصاية الى غيره في الجملة لانه تسليط على مال الغير وفي (ايضاح النافع) ان الوصية واجبة ان توقف الثبوت عليها والا استحبت مؤكدا وربما وجبت وان كان مشهودا عليها خصوصا اذا اسقطنا اليمين في دعوى الدين على الميت اذا اوصى به عند موته (فتامل) واما انه يجتهد في طلبه لو جهله فقد صرح به في (النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكره وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) غير ان المسئلة مفروضة في (النهاية والسرائر) فيما اذا جهله الوارث وفي (جامع الشرائع) فان حضرته الموت وصى الى ثقة به واجتهد الوصي في طلبه فاذا مات طلب وارثه وفي (المسالك) المعتبر في الاجتهاد هنا بذل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر ومما اهمل فيه ذكر الطلب والاجتهاد فيه (الارشاد والمختلف والدروس واللمعة والروضه) وغيرها وفي (الرياض) ولو لم يعرفه اجتهد في طلبه ببذل الوسع في السؤال عنه في الامكنة التي يمكن كونه او خبره بها ويستمر كذلك على وجه لو كان لظهر بلا خلاف اجده انتهى (فتامل) وقضية كلام (الشرائع والكتاب) وما وافقهما انه اذا جهله لا يجب عليه العزل ولا الوصية به بل يكتفي الاجتهاد في الطلب ثم التصدق به عند القائلين بوجوب التصدق وستعرف الحال في ذلك وقد استدلوا على وجوب الاجتهاد في الطلب بصحيحة هشام بن سالم قال سئل خطاب الاعور ابا ابراهيم عليه السلام وانا جالس فقال انه كان عند ابي اجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقي من اجره (اجرته خ ل) شيء وفي (التهذيب) ولا نعرف له وارثا قال فاطلبوه قال فطلبناه فلم نجده فقال مساكين وحرك يديه فاعاد عليه فقال اطلب واجهد فان قدرت عليه والا فهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حدث فأوصي به ان جاء له طالب ان يدفع اليه وصحيحة معاوية بن وهب على ما يراه المتأخرون في اصحاب الاجماع عن (ابي عبد الله عليه السلام) في رجل كان له على رجل حق ففقده ولا يدري اين يطلبه ولا يدري احي هو ام ميت ولا يعرف له وارثا ولا نسبا ولا ولدا قال اطلبه قال فان ذلك قد طال فاتصدق به قال اطلبه والظاهر ان المراد بالطلب والاجتهاد السؤال والارتياب وربما استمر ظاهر الاخير بوجوب الطلب دائما كما قد يشعر به ايضا مفهوم خبر زراره كما ستسمعه ومن المعلوم انه

لا يحسن من الحكيم الامر بالطلب مع اليأس وعدم امكان الوجدان فيحمل على عدم اليأس والاستحباب وقد استدلوا بهذه الاخبار على المشهور بين الاصحاب من ان ميراث المفقود يتربص به مدة لا يعيش اليها مثله عادة ولم يحكموا هناك بوجوب الفحص والطلب (فتأمل) والاعتبار يستبعدان يكلفه بالمراسلات والكتابات الى الاطراف او الطلب والسؤال في المجامع والاسواق او في اطراف الارض لبقايا اجرة ونحوها لم يكن له تقصير في شأنها اذ من المعلوم ان ذلك يحتاج الى اتلاف المال وتعب البدن وليست هي لقطه وقد روى زرارة في (الصحيح) عن ابي جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي ارض هو قال لا جناح عليه بعد ان يعلم الله منه ان نيته الاداء وقد عرفت ان جماعة اهملوا ذكر الطلب والاجتهاد في المقام ايضا واما انه يتصدق به مع اليأس فظاهر (الكتاب والشرائع والنافع والتذكره) التردد حيث نسب فيها ذلك جميعها الى القيل ونحو ذلك ما في (كشف الرموز) والظاهر ان ذلك لمكان خبر بن وهب الذي ظاهره المنع من التصدق به كما اشار اليه في (التذكره) وقد اسمعنا كه لا لعدم النص كما في (المسالك والكفاية) ولا لان التصدق بماله لغيره مع عدم براءة ذمته غير معلوم الجواز لانه لاشبهة في الجواز كما في (المسالك) ولا ينبغي النزع فيه كما في (مجمع البرهان) اذا كان دينا لانه ماله فيكون مسلطا عليه واما الحكم بانه يتصدق به « حينئذ » فهو المشهور كما في (جامع المقاصد والروضه) وهو خيرة النهاية والقاضي على ما حكي عنه (وجامع الشرائع والارشاد والمختلف والتبصره واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) وظاهرهم ان ذلك على سبيل الوجوب كما فهمه الصيمري والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي وصاحب الرياض وقد قواه في (المبسوط) واستجوده في (المسالك) والذي فهمه في (جامع المقاصد) منهم انما هو الجواز قال وذهب في (المختلف) الى الجواز تبعاً للشيخ وجماعة وهو الظاهر من جماعة وهو الاسد لوجوه كما ستسمع وفي (جامع المقاصد والمسالك) انه حيث يمكن مراجعة الحاكم هو أولى من الصدقة بغير اذنه وان كان جائزاً الا انه أبصر بمواقعها وحجتهم عليه ما ارسله في (الفقيه) بقوله بعد ذكر خبر ابن وهب وقد روى في هذا خبر آخر ان لم تجد له وارثا وعلم منك الجهد فتصدق به وما أرسله في (السرائر) قال وقد روى انه اذا لم يظفر تصدق به عنه وليس عليه شيء وما رواه في (الكافي والتهذيب) عن نصر بن حبيب صاحب الخان قال كتبت الى عبد صالح (العبد الصالح خ ل) عليه السلام قد وقعت عندي مائة درهم واربعة دراهم وقد مات صاحبها ولم أعرف له ورثة فرأيك في اعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعا فكتب عليه السلام اعمل فيها وأخرجها صدقة قليلا قليلا حتى تخرج قال في (الاستبصار) انما له ان يتصدق بها اذا ضمن لصاحبها اولأنها للامام تأمره ان يتصدق عنه بها ويبعد الثاني ان عدم معرفة الورثة لا يدل على عدمهم وهو لم يطلب ولم يفحص وكون ذلك للامام مشروط بالعلم بعدم الوارث (الا أن تقول) الشرط في ارثه عدم العلم بالوارث وفي (موثقة) هشام بن سالم (١) تدفع الى المساكين يكرر عليه ذلك وكأن قصد السائل في المراجعة

(١) وهي مارواه الشيخ في الموثق عن هشام بن سالم قال سال حفص الاعور أباعبدالله وأنا عنده جالس قال انه كان لابي أجير كان يقوم في رحاه وله عندنا دراهم وليس له وارث فقال أبوعبدالله تدفع الى المساكين ثم قال رأيك فيها ثم اعاد عليه المسأله فقال له مثل ذلك فاعاد عليه المسألة ثالثه فقال ابوعبدالله تطلب له وارثا فان وجدت له وارثا والا فهو كسبيل مالك ثم قال ماعسى ان تصنع بها ثم قال توصي بها فان جاء لها طالب والا فهي كسبيل مالك (مصححه)

أولا وثانياً وثالثاً مع امره له بالصدقه أولا وثانياً هو انه قد سمع جواز التملك مع الضمان وكانت رغبته في ذلك فجوزه عليه السلام اخيرا والشهرة تجبرها في الاخبار من الضعف ولولا ذلك لتعطل المال وخرج عن الانتفاع ثم أن من هو عليه محتاج الى تفريغ ذمته ولا سبيل الا الصدقه اذا لم يمكن الحاكم وفي (الدروس وايضاح النافع والروضه) انه يتخير بين ابقائه في يده ودفعه الى الحاكم والصدقه وفي (السرائر) انه يجتهد في طلبه فان لم يجده سلمه الى الحاكم فان قطع على انه لا وارث له كان لامام المسلمين ووافقه فخر الاسلام لانه مع وجود الوارث يكون للوارث ووليه الحاكم مع غيبته والا فهو للامام وقضية كلامهما انه لا يجوز التصدق به كما فهمه جماعة من السرائر وفي (التنقيح) قول ابن ادريس هو الحق اذا علم موته وعدم وارثه اما اذا انتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أو خبر وارثه وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه مع القطع على موته وانتفاء الوارث لاشك في كونه للامام ونحوه مافي الخلاف (وفي الحدائق) انه لاخلاف فيه حينئذ (وفي جامع المقاصد) انه لاشك في جواز دفعه الى الحاكم مع اليأس اما الوجوب فلا دليل عليه مع ان اكثر الاصحاب على خلافه انتهى والقطع بجواز دفعه الى الحاكم لا يجتمع مع وجوب التصدق به هذا والظاهر ان الصدقة لاتتوقف على سبق العزل ويكفي قصد الصدقه بما يدفعه عن المستحق وظاهر كلامهم انه حين التصدق لا يحتاج الى وصية لانه قد برئت ذمته (وفيه) انه قد يظهر بعد ذلك ولا يرضى ويكون للمديون مال يمكن الوفاء منه ففائدة التصدق جواز التصرف في باقي المال ان كان فيه عين موجودة غير ممتازة والخروج عن عهدة الواجب وعدم الضمان مع عدم ظهور الصاحب ومصرف هذه الصدقه عند القائل بالجواز مصرف الصدقه المندوبه واما القائل بالوجوب فيحتمل ان يكون كذلك لانها لا تجب على المالك وانما وجبت بالعارض على المدين ووارثه (وربما قيل) أن الاحوط ان تصرف الى مستحق الزكوة كما هو الظاهر من كلامهم في أمثال ذلك وفيه تأمل واضح اذ ذلك انما هو في الزكوة لانه نسب في (المنتهى) حلية المندوبة الى علمائنا وأكثر العامه الى غير ذلك من المؤيدات (وليعلم) أن بعض أخبار الباب دل على ابقائه امانه في يده وبعضها دل على التملك وانه كسبيل ماله يتصرف فيه كيف شاء مع الضمان والوصية به وهو شاذ كما في (الرياض) واعلم ان اخبار الباب وكلام الاصحاب في المقام قد تضمنا بيان حال المال المجهول المالك المشهور برد المظالم كما في (مجمع البرهان) وضابطه كل مال لا فائدة في تعريفه كما تضمنه الخبر كما ستسمع وبالجملة كل مال حصل في يدك من مالكه أو وكيله أو مستودعه معلوماً كان المالك ثم جهلته أو كان مجهولا لك من أول الامر كأن كنت معه في فندق او خان أو قافلة ولا تعرفه وحصل في متاعك أو يدك شيء ونحوه من ماله غفلة أو خطأ وليس هذا لقطة ولا في حكمها لمكان كلام الاصحاب وقد سمعته واخبار الباب الصريحة في ذلك (منها مارواه) علي عن الصيدي عن يونس قال سئل (أبو الحسن الرضا عليه السلام) عمن وجد متاع شخص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفه ولم يعرفه صاحبه (قال أبو الحسن عليه السلام) كيف يعرفه ولم يعرف بلده فاذا كان كذلك فبعه وتصدق به قال له على من جعلت فداك قال على أهل الولاية (ومنها) مارواه علي عن الصيدي عن يونس قال سئلت عبداً صالحاً عليه السلام فقلت جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة وارتحلنا عنهم وحملنا بعض متاعهم بغير علم وقد ذهب القوم ولا نعرفهم ولا نعرف أوطانهم وقد بقي المتاع عندنا فما نصنع به قال فقال تحملونه حتى تلحقوهم بالكوفة قال يونس فقلت له

والمعسر لا تحل مطالبته ولا حبسه ويجوز له الانكار والحلف ان خشي الحبس مع الاعتراف ويوري وينوي القضاء مع المكنة (متن)

لست أعرفهم ولا ندري كيف نسئل عنهم قال بعه واعط ثمنه اصحابك قلت جعلت فداك أهل الولاية قال نعم وهما يدلان على الموضوع والحكم والخلا يشترط الحاكم ولا العدالة في المعطي ولا المعطى وانه يصح اعطائه السادة ولعل من ذلك ماتقع فيه الاشتباه من النعال في الجامع والحامات ونحوها ومن ذلك مايؤخذ من الحاكم الظالم ولا يعرف صاحبه مما يعلم انه حرام وغصب لانه لايمكن تعريفه عملا بالعلة المومى اليها في خبر يونس المتقدم ولعل حال الظالم حال السارق والناصب كما ستسمع وليس من ذلك مايؤخذ من السارق أو يستودعه السارق له فانه في حكم اللقطة كما في خبر حفص قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم قال لا يرده فان أمكنه أن يرد على أصحابه فعل والا كان في يده بمنزلة اللقطه يصيبها فيعرفها حولا فان جاء صاحبها ردها عليه والا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم ولم يذكر فيها له ان يعلكها بعد التعريف كاللقطة هذا عند المشهور كما في (الكفاية) وأوجب ابن ادريس دفعها الى امام المسلمين فان تعذر ابقاها امانة واختار المصنف في (الارشاد) وغيره انه يتصدق به فيكون من المال المجهول المالك وكذلك ماجاء به الريح أو الطير الى دارك ما هو امانة شرعية لانه لا يمكن تعريفه عملا بالعلة المومى اليها اذ قد لايعرف صاحبه ذهابه منه وليس منه ما يجده في داره أو صندوقه الذي يشاركه فيه غيره كما أفتى به جماعة لورود النص به على تأمل لنا فيه لمخالفته قواعد اللقطه وعند الشيخ في (المبسوط) ان اللقطه ان أراد تملكها وجب تعريفها والا فهي مال مجهول المالك ومما يسمى برد المظالم ما اذا كان في ذمته ديون لايعرف اصحابها واموال غصبها واتلفها واخماس وزكوات ونحو ذلك فليحفظ ذلك في باب اللقطه والوديعة والدين وغيرها من الابواب فان هذا مجموع من مجموع ذلك وليس له في الفقه باب على حدته ﴿قوله﴾ ﴿والمعسر لا تحل مطالبته ولا حبسه﴾ اجماعاً كما في التذكرة وفي (مجمع البرهان) لا خلاف على الظاهر في تحريم حبسه بل مطالبته وملازمته وأذاه على تقدير ثبوت عدم قدرته على الاداء شرعاً وفي (المختلف) انه الاشهر وبحرمة المطالبه والالحاح عليه صرح (في النهاية والمبسوط وفقه الراوندي والغنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الغنية الاجماع على ذلك واذا لم تحل مطالبته فبالاولى أن لايحل حبسه وفي الكتاب والسنة اشارة الى ذلك كخبر عبد الله ابن سنان وموثقة عمار وقال الصدوق في (المقنع) نقلا عن أبيه مختارا له ان انفق ما أخذه في طاعة الله سبحانه فنظرة الى ميسره وان كان انفق ماأخذه في معصية الله فطالبه بحقك فليس هو من أهل هذه الآية انتهى وقال في (الدروس) فيه بعد مع ان المنفق في المعروف أوسع مخرجا لانه تحل له الزكوة ولعل المنفق في المباح ملحق بالطاعة عنده وفي (المختلف) ان ظاهر كلام أبي الصلاح يوافق قولهما وقد تقدم عند شرح قوله ويجب على المديون السعي في قضاء الدين ما له نفع تام وذلك كله حيث يثبت اعساره أو يعلم المدين به ﴿قوله﴾ ﴿ويجوز له الانكار والحلف ان خشي الحبس مع الاعتراف ويوري وينوي القضاء مع المكنه﴾ كما في (السرائر وجامع الشرائع والتذكرة والمختلف والدروس وجامع المقاصد) وهو المحكي عن الحلبي غير انه في (جامع الشرائع) ترك ذكر التورية وصرح في (جامع المقاصد)

ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعينه بقبضه فان فعل فالربح بأجمعه للمديون ان كان هو العامل والا فللمالك (متن)

بان القوية واجبة لان الكاتب ملحق اتنهى فتأمل وابو الصلاح اشترط اعلامه بذلك اي الزوج على القضاء قبل البين او بعدها وفي المختلف ان الاقرب ان اعلامه ليس شرطا في الجواز ونحوه ما في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استدانت الزوجة النفقة الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه ﴾ كما في (النهاية وجامع الشرائع والتذكرة) لان المتبادر من دفع العوض دفعه الى المدين وهو قول الشيخ في (النهاية) وجب عليه القضاء عنها وفي الخبر يقضي عنها ما استدانت بالمعروف وقال في (السرائر) الواجب على الزوج تسليم النفقة بالمعروف الى المرأة ثم تقضي هي ما استدانت وان قضاء الدين واجب عليها دون الزوج وفي (المختلف) ان قول الشيخ ممكن اذ الزوجة هنا كالوكيل عن الزوج فيجب عليه القضاء ومنع عليه ذلك في (جامع المقاصد) لان استحقاقها النفقة لا يصيرها كالوكيل وقال ان كلام ابن ادريس هو المتجه وان كان المنقول عن ظاهر الرواية لا يخلو عن شيء (قلت) من الشائع الشائع عرفاً ان من دفع الى شخص مالاً ليقضي به دينه يقال انه قضى دينه ودفع عوض دينه وعليه تحمل الرواية وكلام النهاية وغيرها وفي (الدروس) انه يقضي نفقة الزوجة استدانتها ام لا أذن في الاستدانة ام لا ولا يقتضي نفقة الاقارب مطلقا الا مع اذنه او أذن الحاكم ونحوه ما في حواشي الكتاب (قلت) وجه الفرق ان نفقة الزوج حق مالي كالعوض اللازم في المعاوضة ونفقة الاقارب انما وجبت على طريق المساواة وسد الخلة لا التمليك فلا تستقر في الذمة وانما يأثم بتركها وتمام الكلام في باب النكاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح المضاربة بالدين قبل قبضه لان تعينه بقبضه ﴾ قال في (التذكرة) في باب المضاربة لا يجوز القراض على الديون ولا نعلم فيه خلافاً قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز ان يجعل الرجل دينا له مضاربة انتهى وفي (السرائر) وظاهر (المختلف) الاجماع على منع جعل الدين مضاربة يذكراه في اثناء كلامهما (كلامهما خل) في بيع الدين وبالحكم صرح في (النهاية) وأكثر من تاخر عنها وفي الخبر القوي الذي رواه السكوني في رجل له على رجل مال فتقاضاه ولا يكون عنده ما يقضيه فيقول هو عندك مضاربة قال لا يصح حتى يقبضه واشار بقوله لان تعينه بقبضه الى جواب ما لعله يقال من ان الثابت في الذمة مقبوض لمن هو في ذمته كما صرحوا به في السلم والصرف فلم لا يكون مقبوضاً هنا والمضاربة به شرطها القبض وحاصل الجواب ان المضاربة شرطها تشخيص المال وتعيينه والدين قبل قبضه لا يتشخص فانتفى شرط المضاربة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فعل فالربح بأجمعه للمديون ان كان هو العامل ﴾ كما في التذكرة في موضعين منها والكتاب في باب المضاربة (والدروس وحواشي الكتاب) وموضعين من (جامع المقاصد والمسالك) لما عرفت من ان ذلك لا يقتضي تعيين الدين لكونه الى الآن في يد المديون ولم يجعله وكيلا في التعيين (القبض خل) فيكون الدين باقيا في الذمة ونية القراض لا أثر لها في الشراء بملكه قال في (التذكرة) وكذا اذا اشترى للقراض في الذمة ودفع المال لان المأذون فيه هو الشراء ليتقد فيه مال القراض وقد تقرر ان المال الذي في يده له فاذا اشترى وقع الشراء له (وقد يقال) لم لا يكون الشراء فضوليا ويتوقف على الاجازة لانه نواه للقود بالقصود ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فللمالك

وعليه الاجرة ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره (متن)

وعليه الاجره ﴾ أي وان لم يكن المديون هو العامل بل كان العامل ثالثا فالربح للمالك وقد قيد في (الدروس وحواشي الكتاب وجامع المقاصد) بما اذا اشترى بالدين واجاز المالك لبطلان الاذن السابق بفساد المضاربة فالا واذا اشترى في الذمه فالربح للعامل وعليه الاثم والضمان وينبغي ان يقيد بما اذا نوى الشراء لنفسه وفي (حواشي الكتاب) في الفرق بين كون العامل المديون أو غيره نظر وكذا في اختصاص المالك بالربح اذا كان العامل غير المديون لان القراض فاسد فيفسد ما تضمنه من الاذن في القبض وانت قد عرفت الفرق من ان العامل اذا كان هو المديون لم يتعين المال للمالك بخلاف ما اذا قبضه الثالث فانه وكيل للمالك في قبض الدين فيتعين تعيين المديون وقبض الوكيل واما الفساد فمخصوص بما اذا كانت تلك الامور المتضمنه من توابع العقود الفاسدة ولوازمها اما اذا اقتضى اللفظ مضاربة ووكالة لاشتماله على الاذن في التصرف فان فساد المضاربة لا يقتضي فساد الوكاله كما لو باعه وأجره في عقد واحد واختلت بعض شروط البيع فان الاجاره صحيحة وان فسد البيع كما نبه على ذلك الكركي في (جامع المقاصد) فقد تحصل ان الذي يفسد بفساد المضاربة انما هو الاذن في المضاربة لا الاذن في القبض لانه بمنزلة الوكيل بالنسبة الى قبض المال والمضارب بالنسبة الى العمل فيبطل متعلق المضاربة خاصة (وقد يقال) ان المضاربة الفاسدة ان اقتضت في الثالث الاجنبي كان الاذن في القبض خارجة عن حقيقتها فلتكن في المديون كذلك فكيف يفرق بينه وبين الثالث لان المفروض في المقامين افراز المال وعزله والشراء به وحينئذ فالمضاربة الفاسدة ان كانت مجامعة للوكالة في تعيين المال فهي واقعة في الموضعين والا فلا ثم ان كون الاذن في القبض خارجا عن مقتضيات المضاربة أول ممنوع بل الظاهر ان ذلك من لوازمها وتوابعها فينبغي أن يتبعها في الفساد (وقد يقال) ان المراد ما اذا كان اللفظ مشتملا على وكالة ومضاربة كأن يقول خذ ديني من فلان وقد جعلته مضاربة فتأمل جيدا وكيف كان فحيث يكون الربح للمالك مع اجازته الشراء بالدين يكون للعامل أجرة المثل كما هو مقتضى المضاربة الفاسدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره ﴾ قد تقدم الكلام فيه في باب السلم وقال أيضاً في المقام في (المختلف) يجوز بيع الدين وهو مذهب علمائنا ولا فرق بين بيعه على من هو عليه ولا على غيره وفي (المسالك والروضة) [illegible] وفي (المبسوط) انه [illegible] رواية اصحابنا وفي (السرائر) ان اجماعهم منعقد بغير خلاف على صحة بيع الدين واخبارهم [illegible] على ذلك وكذلك أقوالهم [illegible] وفتاواهم الا انه خصها ببيعه على من هو عليه كما ستسمع والمراد بعد الحلول [illegible] فستسمع الكلام فيه [illegible] فيما نقل عن ابن ادريس فمنع من بيعه على غير من هو عليه [illegible] الدليل قاصر [illegible] غير حاضر وقد نقل كلامه في (المختلف) برمته على طوله وبالغ في رده [illegible] جماعة بالضعف [illegible] الا ما يظهر من (السرائر) من دعوى الاجماع [illegible] وأما بيعه قبل الاجل ففي (السرائر) ان كان [illegible] لا يجوز بيعه على من هو عليه بلا خلاف [illegible] عليه بطريق الاولوية تحريمه على غيره وفي (التنقيح) ان المشهور ان الدين لا يجوز بيعه قبل حلوله مطلقا وهو ظاهر جماعة كالمحقق في (الشرائع والنافع) والمصنف في (الارشاد) فيما يأتي من الكتاب وغيرهما وصريح آخرين منهم

فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري وان كان الثمن أقل على رأي (متن)

المصنف في (التحرير) والشهيد في (الدروس) والجواز خيرة جماعة كالمصنف في (التذكرة والمختلف) والشهيدين في (اللمعة والروضة) وصاحب ايضاح النافع والمقدس الاردبيلي والمولى الخراساني ومال اليه في (المسالك) وكأن المحقق الثاني متردد وقد نص أكثر هؤلاء على ان ذلك أي الجواز انما هو فيما اذا باعه بالحال لا بالمؤجل وفي (الروضة) مال الى جوازه بالمؤجل أيضا وكذلك المقدس الاردبيلي وقواه صاحب (ايضاح النافع) ولقد ضبط صاحب (غاية المرام) في تمام فوق خبطه ولعل مستند المانعين بعد الاجماع الظاهر من (السرائر) المتضد بشهرة (التنقيح) احتجاجهم على عدم جواز بيع السلم قبل حلوله وهو محكي في (كشف الرموز والتنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية) كما بينا ذلك كله وقلنا ان المخالف صاحب (الوسيلة) في ظاهره وبعض من تأخر ممن تقدم مستندا الى انه حق مالي فيجوز بيعه ولا ينافيه عدم استحقاق المشتري له لتعلق ذلك بالمطالبة دون الملكية الى آخر ما بيناه هناك وقد يضعف بأن ذلك مبني على حصول الملكية وهي محل مناقشة اذ هي فرع الانتقال وهو مشروط بانقضاء المدة فصرف الاستحقاق المنفي الى المطالبة خاصة دون الملكية لاوجه له لظهور اشتراطها بانقضاء المدة وفيه نظر ظاهر فالمدار على الاجماع وحينئذ فيتجه للقائل بالجواز ان يقول ان الاجماع معقود فيما نحن فيه فيبقى الاصل والعمومات سالمة عن المعارض (ثم) ان سلمنا عدم انتقال المال المسلم فيه حين العقد (قلنا) ان الملكية حاصلة فيما نحن فيه بمجرد السبب غاية الامر توقف المطالبة على انقضاء الاجل كما في مهر الزوجة ولذا اطبقوا على المنع في السلف واختلفوا هنا فقد ابردنا يحتج به لكل من القولين و[illegible] جوازه بالمؤجل يتوقف على بيان المراد من الدين في بيع الدين بالدين الذي نهي عنه في خبر [illegible] وانعقد الاجماع عليه هل هو ماكان دينا قبل العقد كما هو ظاهر جماعة فيخص بذلك أو يشمل ما دار دينا بسبب العقد وان لم يكن دينا وقد تقدم منا بيان ذلك في أول المقصد الرابع في أنواع البيع وقلنا هناك ان المشهور الثاني وفي باب السلف ظهر لنا انه محل اجماع لان المسلم فيه ليس [illegible] العقد وانما يصير دينا [illegible] ان ظاهرهم الاجماع كما هو صريح (جامع المقاصد) على انه من بيع الدين المنهي عنه لو كان الثمن دينا كما أوضحنا ذلك فيما سلف وقد تقدم في أول هذا الباب أي باب الدين عن (الوسيلة وجامع الشرائع) ماقد يدل على ذلك وتقدم في باب الصرف ماله نفع تام في المقام وتمام الكلام يأتي قريبا عند تعرض المصنف له عند قوله ولا يصح بيع الدين بدين آخر ﴿ قوله ﴾ فيجب على المديون دفع الجميع الى المشتري وان كان الثمن أقل على رأي ﴾ قاله المتأخرون كما في (الدروس والمهذب البارع) هو المشهور كما في (مجمع البرهان) عليه الأكثر كما في (الايضاح و[illegible]) وهو الموافق للقوانين كما قاله جماعة وفي (غاية المرام) [illegible] لا خلاف في جواز بيع الدين [illegible] قسمة [illegible] علم البائع بالقيمة انتهى فتأمل (١) وهو خيرة (السرائر) [illegible] (التحرير والتذكرة والارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام و[illegible] وغاية المرام و[illegible] والمهذب والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) وقال [illegible] في (النهاية) من باع الدين [illegible]

---

(١) وكأنه نقل عبارة السرائر غير متامل فيها (منه قدس سره)

مما له على المدين لم يلزم المدين أكثر مما وزن المشتري من المال وحكي ذلك عن القاضي وقد مال اليه على الظاهر المحقق في (الشرائع) والشهيد في (اللمعة وغاية المراد) وصاحب (ايضاح النافع) وفي (الدروس) لامعارض للخبر وتردد في (النافع) كما هو ظاهر تلميذه في شرحه واستندوا الى ما رواه الكليني والشيخ عن محمد بن الفضيل عن أبي حمزة (قال) سئلت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان لرجل عليه دين فجاء رجل فاشتراه منه بعرض ثم انطلق الى الذي عليه الدين فقال له اعطني ما لفلان عليك فاني قد اشتريته منه كيف يكون القضاء في ذلك فقال أبو جعفر عليه السلام يرد عليه الرجل الذي عليه الدين ماله الذي اشترى به من الرجل الذي له الدين وعن محمد بن الفضل (قال) قلت للرضا عليه السلام رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع اليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه قال يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين و برء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه وهما على اضطراب فيهما لان محمدا روى هذا المضمون تارة عن الامام عليه السلام وتارة عن أبي حمزة وقصور سندهما وعدم الجابر مخالفان للقواعد مع ان الاولى غير صريحة في المطلوب بل قيل ولا ظاهرة فيه ولهذا أغفلها جماعة ولا وجه لما في الثانية من براءة ذمة المديون من الباقي وقد بالغ في (السرائر) في ردهما وقد حملتا على ارادة الضمان من البيع مجازا لشبهه به في المعاوضة أو فساد البيع للربا وغيره فيكون الدفع مأذونا فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي لمالكه ويكون المراد ببراءة المدين البراءة من حق المشتري لا مطلقاً أو تحمل على ان البائع شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد أو اشتراط أخذ قيمة المدفوع ثمنا لا غير وربما حملتا على كون المدفوع مساوياً لكنه لا يجري في الثانية الى غير ذلك من التوجيهات (وقد) يناقش في الحملين الاولين بأن لفظ الشراء لا يستعمل في الضمان حقيقة ولا مجازاً على انه ضمان من دون اذنه واضمار الاذن ولم يجر له ذكر بعيد ويدفع فساد البيع قوله عليه السلام وبرئ من جميع ما بقي عليه فان ظاهره مطلق البراءة والحمل على البراءة من المشتري خاصة بعيد جداً اذ ليس له عليه شيء وكيف يلزمه الدفع بحكم العقد الفاسد فان المشتري العالم بالفساد ادرى بغير أذنه فليس له الرجوع عليه وان كان جاهلا كان له الرجوع على البائع لكن التأويل وان بعد خير من الطرح كما عليه جماعة وقد استظهر فخر الاسلام من كلام الشيخ أن المديون يبرء من الباقي براءة تامة لصحة البيع ولزومه فلو عرض له البطلان برد لعيب أوخيار أو غير ذلك عادت الزيادة هذا وقد قال جماعة انه لا بد من رعاية السلامة من الربا لو كانا ربويين ورعاية شروط الصرف لو كانا من الاثمان ويبقى الكلام في تصوير الاخير ولو وقع صلحا فان كان مما يجري فيه الربا اغتفر الثاني والا اغتفرا معا وقد تقدم الكلام فيه في باب الربا ولو كان الثمن مساويا أو ازيد كأن يكون الدين مائة فيبيعه بثوب مساو لمائة أو زائد عليها قيمة صح اجماعا كما في (شرح الارشاد وحواشي الكتاب) وفي (السرائر) بعد ان نقل كلام النهاية وقد سمعته قال قول الشيخ ظريف عجيب تضحك منه الثكلى وهو انه اذ كان الدين ذهباً فكيف يجوز ان يبيعه بذهب أقل منه وان كان فضة كيف يجوز ان يبيعه بفضة أقل منه وان كان ذهبا فباعه بفضة أو فضة فباعه بذهب كيف يجوز افتراقهما من مجلس البيع الا بعد أن يتقابضا الى آخر ماقال ورده في (المختلف) بأن الشيخ لم يحصر هو ولا غيره الدين في النقود بل يجوز أن يكون ذهباً وفضة وغيرهما من الاقمشة والامتعة ثم لم يحصروا بيع الدين بالنقود ولا أوجبوا أن يكون الثمن من الذهب والفضة حتى يتعجب من ذلك ويظهر العامة قلة ادراكه

ولو باع الذمي على مثله خمراً أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين ولو كان البائع مسلماً لم يحل (متن)

وعدم تحصيله وسوء أدبه ومواجهته مثل هذا الشيخ المعظم الذى هو رأس المذهب والمستخرج للمعاني من كلام الأئمة عليهم أفضل الصلوة والسلام الى آخر ماقال قلت لعل ابن ادريس نظر الى ان الدين ان كان من غير الاثمان لاتتقدر فيه الا كثريه والا قليه الا أن تقول انهما تتقدران بالنسبة الى القيمة وعلى كل حال فلا وجه لمواجهته لشيخ الطائفه وامامها بهذا الكلام (فرع) ولو كان على الدين رهن انتقل الى المشترى تبعاً للدين نص عليه فخر الاسلام في (الايضاح) في باب الكتابة ﴿قوله﴾ ﴿ولو باع الذمي على مثله خمراً أو خنزيراً جاز أخذ الثمن في الجزية والدين﴾ اما جواز أخذ الثمن المذكور من الذمي في الدين فقد صرح به في (المبسوط) فى باب الرهن (والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والمختلف والارشاد واللمعة والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) وغيرها وهو ظاهر الباقين وان تفاوتوا في الظهور وعليه يحمل قوله في (النهاية) من شاهد مدينا قد باع ما لا يحل للمسلم تملكه من خمر اوخنزير أو غيرهما وأخذ ثمنه جاز أن يأخذه منه و يكون حلالا له بأن يكون المراد من المدين الذمي وفي أكثر ما ذكر صرح بأنه يجوز أخذ الثمن وان شاهده المسلم كما في الاخبار فيحتمل ان يحمل على انه كان يبيع في بيته أو نحوه من الاماكن المستورة فيطلع عليه المدين أو يحمل على أن لا يكون الستر مشروطاً عليه في الذمة فليتأمل لان جماعة قيدوا الحكم بما اذا كان مستتراً كما هو مقتضى الشرع قالوا فلو تظاهر به لم يجز قلت لانه حينئذ في حكم الحربي عند الاصحاب ومن ثم قيدوا بالذمي لان الحربي لا يقر على شيء من ذلك فلا يجوز تناوله منه اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على تحريم اثمان هذه على المسلم مطلقاً على المتيقن وليس الا الذمي ولاختصاص النصوص به تصريحاً في بعض وظهوراً في بعض آخر بحكم الغلبة والتبادر لندور وجود الحربي في بلاد الاسلام التي هي مورد الاخبار ودليل المسئلة ان له عليه ديناً فيكون في ذمته فيجوز أخذه من كل ماله وظاهر (مجمع البرهان والرياض) انه اجماعي وهو كذلك لانا لم نجد مخالفاً مضافاً الى أخبار الباب كخبر منصور قال قلت لابي عبدالله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا حاضر فيحل لي أن آخذها فقال انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك واحتمال عدم العلم بكون ذلك المدفوع ثمن الخمر كما في (مجمع البرهان) من البعيد جدا ومثله صحيح محمد بن مسلم المروي في (الكافي والتهذيب) عن ابن جعفر عليه السلام ورواه الشيخ في (التهذيب) بسند آخر عن داود ابن سرحان فى الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل كان له على رجل دراهم فباع خمراً أوخنازير وهو ينظر اليه فقضاه قال لابأس اما للمقتضي فحلال واما للبايع فحرام ونحوه صحيحة زراره المروية في (الكافي) وخبر محمد بن يحيى الخثعمي وخبر أبي بصير واطلاق هذه الروايات الاربع وان شمل المسلم الا ان الظاهر بحكم التبادر والغالب هو الذمي دون المسلم لعدم اعتياده لبيع هذه الاشياء في بلاد الاسلام التي هي مورد الروايات وعلى تقدير الشمول يجب تخصيصها بغيرها من الاخبار المتضافرة بتحريم بيع الخمر والخنازير وان ذلك من السحت وعدم تملكه لثمنهما وفساد بيعه لهما فكيف يجوز اقتضاء مالا يملكه ويكون باقيا على ملك المشتري ويجب رده عليه أو التصدق به عنه مع جهله

ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسماها في الذمم كان الحاصل لهما والتالف منهما نعم لو أحال كل منهما صاحبه بحصته وقبل المديّنان صح (متن)

به وعلى ذلك تحمل حسنة محمد بن مسلم في رجل ترك غلاما له في كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا فأطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال لا يصلح ثمنه الى أن قال ثم قال أبو عبد الله عليه السلام ان أفضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها ومثله رواية أبي أيوب الخراز فتحملان على عدم معرفة المشتري أو عدم امكان تحصيله مضافا الى فحوى رواية ابن أبي نجران المصححة اليه عن مولانا الرضا عليه السلام عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنازير وعليه دين هل يبيع خمره وخنازيره قال لا فان تحريم قضاء الدين من أثمانها عليه بعد اسلامه يستلزم تحريم الاقتضاء على المسلم الاصلي بطريق أولى وأما مقطوعة يونس في مجوسي باع خمرا وخنازير الى أجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال له دراهمه وقال ان أسلم رجل وله خمر وخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين قال يبيع ديانه او ولي له غير مسلم خمره وخنازيره فيقضي دينه وليس له أن يبيعه وهو حي ولا يمسكه وهذه قد أفتى بها في (النهاية) على ما قيل اذ لم أجد ذلك فيها وأعرض عنها الاصحاب ورموها بالضعف بل قال في (كشف الرموز) ان أطراح مثل هذه الرواية أولى من اتباعها لئلا يختل بها قواعد الكتب ونقل المحقق في (النافع) لم يصادف الواقع لان الشيخ قال وعليه دين على ما حكي عنه ولهذا قال في (التنقيح) لا نسلم العائل ثم قال ان العمل بالرواية باطل لان المسمى ان خرج عن ملك الذمي باسلامه لا يجوز بيعه حيا وميتا الا بنفسه ولا بوكيله والا جاز بيعه بنفسه لكنه باطل اجماعا فهذه أخبار الباب و بما حررناه في بيانها يندفع اشكال المقدس الاردبيلي واشكال المولى الخراساني قال في (مجمع البرهان) ان الاخبار مختلفة بحيث يشكل الجمع بينها وانطباقها على القوانين وقال في (الكفاية) قال بعض الاصحاب ان الخبر وهو مناف لاطلاق أخبار كثيرة فالحكم به مشكل وأنت قد عرفت الحال والمحتمل الذي أشار اليه هو الشيخ في رهن (المبسوط) وابن ادريس في (السرائر) والمحقق في (الشرائع) والمصنف في (الكتاب والتذكرة والتحرير والمختلف) وقد يلوح من (السرائر والمختلف) انه اجماعي واما جواز أخذ الجزية من ثمن خمورهم وخنازيرهم كما صرح به المصنف في (الكتاب والتذكرة) فهو صريح صحيح محمد بن مسلم ورواه الصدوق في (المقنع) على ما قيل

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح قسمة الدين فلو اقتسماها في الذمم كان الحاصل لهما والتالف منهما ﴾ كما في (النهاية والخلاف والمبسوط) على ما حكي عنه (والجواهر للقاضي والوسيلة والغنية والسرائر) في باب الدين (وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة) في موضعين (والارشاد والدروس واللمعة وحواشي الكتاب والتنقيح) وهو ظاهر أكثر الباقين وحكاه في (المختلف) عن أبي علي وأبي الصلاح التقي وفي (ايضاح النافع) انه أظهر وفي (الغنية) الاجماع عليه وفي (الكفاية) أن المعروف بين الاصحاب أنه لا تصح قسمة الدين وفي (الروضة ومجمع البرهان) أنه المشهور واذا لم تصح قسمته كان الحاصل لهما والتالف منهما وقد حكيت على كون الحاصل لهما والتالف منهما الشهرة أيضا في شركة التذكرة ودين مجمع البرهان أيضا ونسبه (التنقيح) الى الشيخ وأتباعه وفي (الرياض) تارة أنه الاشهر وأخرى أن الشهرة عظيمة فتأمل ومحل النزاع ما اذا كان بين اثنين فصاعدا دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو اتلاف أو غير ذلك كما ذكر ذلك في شركة (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح) وقد

صرح في باب الشركة (في النهاية والخلاف والمبسوط والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وشرح الارشاد للفخر وجامع المقاصد والروض والكفاية) وغيرها بأنه لو باع الشريكان سلعةصفقة ثم استوفى أحدهما شيئا شاركه الآخر فيه وقد حكي عن القاضي وصرح في شركة (الكافي والغنية وجامع الشرائع ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح) بانه لاتصح قسمة الدين وقضيته كما هو صريح بعضها أن الحاصل لهما والتالف عليهما وقد حكى في شركة (الخلاف) اجماع الفرقه واخبارهم على ماحكيناه عنه وفي شركة (الغنية) أيضا الاجماع على ماحكيناه عنها وقد حكيت الشهرة في شركة (جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان) كل على ماحكيناه عنه وفي (الكفاية) نسبته الى الاكثر بل في (مجمع البرهان) أيضا كانه لاخلاف فيه الا من ابن ادريس وروى الشيخ في الصحيح عن سليمان بن خالد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ما كان في أيديهما وما كان غائبا عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا واستوفى الآخر عليه أن يرد على صاحبه قال نعم مايذهب بماله ورواه الصدوق باسناده عن ابن مسكان عن سليمان بن خالد مثله وروي في (التهذيب) عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال سالته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما أو بعضه وخرج الذي للآخر يرد على صاحبه قال نعم مايذهب بماله وروي في (التهذيب) عن أبي حمزة قال سئل أبو جعفر عليهما السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب فاقتسما الذي بايديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقتضى أحدهما ولم يقتضي الآخر قال ما اقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بماله ورواه أيضا بسند آخر في الموثق عن محمد بن مسلم مثله ورواه بسند آخر عن معاوية بن عمار ومارواه في (التهذيب والفقيه) عن غياث عن جعفر عن أبيه (آبائه خ ل) عن علي عليه السلام في رجلين بينهما مال بايديهما ومنه غائب فاقتسما الذي بايديهما وأحال كل واحد منهما بنصيبه من الغائب فاقتضى أحدهما ولم يقتض الآخر قال مااقتضى أحدهما فهو بينهما وما يذهب بماله وقصور السند فيما عدى الصحيح منجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة والاجماع المحكي وبعض الوجوه الاعتبارية من أن المال مشترك فان التقدير ذلك فلا يختص به القابض ولا دليل على لزوم القسمة في مثل ذلك مع ان الاصل عدمه وظاهر (مجمع البرهان) بل صريحه انه لم يقف الا على رواية غياث قال ومستندهم رواية غيات الى أن قال والمستند غير معتبر لوجود غياث وقد نسب جماعة الخلاف في المسئلة لابن ادريس مطلقين والموجود في دين (السرائر) ما نصه واذا كان الشريكان لهما مال على الناس فتقاسما واختار كل واحد منهما شيئا منه ثم قبض احدهما ولم يقبض الآخر كان الذي قبضه احدهما بينهما على مايقتضيه اصل شركتهما ومايبقي على الناس ايضا مثل ذلك لان المال الذي في ذمم الغرماء من الديون غير مقسوم فهو شركة بعد لان مافي الذمم غير مقبوض ولا يتعين حتى تصح قسمته فلاجل ذلك مهما حصل منه شيء يكون بينهما على مايقتضيه أصل شركتهما انتهى فكلامه هنا نص صريح في موافقة المشهور كما حكيناه عنه آنفا (سابقا خ ل) وقال في شركة (السرائر) فيما اذا كان بينهما شيء فباعاه بثمن معلوم ان الشيخ قال انه اذا أخذ أحدهما حقه من المشتري شاركه الآخر ورده بما حاصله ان مقتضى الاصول ان لكل منهما أن يقبض حقه ولا يشاركه الآخر وقال ماذهب الى ذلك سوى شيخنا أبي جعفر ومن قلده وتابعه وقال ان المفيد والمرتضى ماتعرضا للمسئلة الى اخرما قال كما ستسمعه ثم قال ان الوارد في المقام ثلثة اخبار أحدها مرسل ولو سلم الخبر ان الاخيران تسليم جدل لحملناهما على أن المال الذي

هو الدين كان على رجلين فأخذ احد الشركين جميع ماعلى أحد الغريمين فالواجب عليه هاهنا ان يقاسم شريكه على نصف ماأخذه منه لأنه أخذمايستحقه هو وشريكه فهذا وجه صحيح فيحمل الخبران عليه ان أحسنا الظن برواتهما هذا محصل ماذكره وحاصله أن قوله عليه السلام ما اقتضى أحدهما فهو بينهما لا صراحة فيه لان المقتضي لم يصرح فيه بكونه مجموع الدين أو حصة المقتضي فقط ودلالتهما على المطلوب متوقفه على ارادة الامر الثاني واللفظ يحتمل الامرين (ويرد) عليه ان ما الواقعة في الجواب للعموم وكذا ترك الاستفصال في حكاية الحال المحتمله يقتضيه أيضاً (واما) خبر قرب الاسناد عن رجلين اشترك في السلم أيصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا قال لاباس فيحمل على الصحة دون اللزوم كما انا حملنا الاخبار السابقه على عدم اللزوم أو يحمل الخبر المذكور على ماإذا اصطلحا على مافي الذمم أو نحو ذلك جمعاً بين الاخبار كما سيأتي فاندفع الاشكال عن صاحب الكفاية وفي (المختلف وايضاح النافع والمسالك) أن قول ابن ادريس لايخلو عن قوة وفي (جامع المقاصد) انه قوي متين وميل اليه في (مجمع البرهان والمفاتيح) وكأنه في المفاتيح مستشكل (ثم خ) قال في (السرائر) كما اشرنا اليه آنفا انه لم يذهب الى ذلك الا الشيخ في (النهاية) ومن تابعه وان المفيد وعلم الهدى لم يتعرضا للمسئلة وان أحدا من المتقدمين ماوضعها في تصنيف له ولا ذكرها أحد من القميين وأنت قد عرفت أن الشيخ ذكرها في (النهاية) وغيرها وان من تقدم عليه كابي علي ومن عاصره صرح بذلك بل هو في كتاب الدين صرح بذلك وكانه نسي ذلك الا أن تدعي الفرق بين المقامين فنقول انه يوافق المشهور فيما اذا اقتسما وكان الدين على متعددين ولا كذلك ما اذا كان الدين على واحد قلت كلامه وتعليله في باب الدين يعطي عدم الفرق ثم ماذا تقول فيما اذا كان لهما على شخص قفيز حنطه وعشرون درهما واقتسما ذلك فكانت الحنطه لواحد والدراهم لآخر فاستوفى أحدهما ولم يستوفي الاخر والحاصل أن تكلف الفرق لايكاد يتم وقوله ولا ذكرها أحد من القميين فيه ان غير القميين من الاجلاء العظام قد رووا المسئلة كما عرفت وكم من حكم ما الم به القميون ثم ان الصدوق روى خبر غياث فيكون عاملا به على ماقاله في أول كتابه وقد رواه أيضاً محمد بن علي بن محبوب وهو قمي وقد روى خبر ابي حمزة شيخ القميين ورئيسهم وهو احمد بن عيسى ثم ان طريق الصدوق الى غياث فيه أبوه وسعد وأحمد وكلهم قميون فكيف يقول ولا ذكرها أحد من القميين وقد احتج في شركة (السرائر على مختاره بأن لكل واحد منهما ان يبرء الغريم من حقه ويهبه ويصالح على شيء منه دون الآخر ومتى ابرئ برئ من حقه وبقي حق الآخر وكذا اذا صالح عليه فكما لايشاركه من وهب وصالح المستوفي الاخر كذلك لايشاركه هو ان استوفى ولان متعلق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت ولم يبق عوضها الادين في ذمته فاذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركة بل من امر كلي في الذمة لايتعين الا بقبض المالك أو وكيله وهنا ليس كذلك لانه انما قبض لنفسه ولم يقبض لشريكه بالوكالة وأنت خبير بضعف الملازمة السابقه كما رماها بذلك جماعة واطال في بيانه في (المختلف) وحاصله الفرق بين اسقاط الحق وقبضه واما دليله الثاني فقد ايده المحقق الثاني والشهيد الثاني بوجوه خمسة كلها غير وجيهة وان قال في (جامع المقاصد) أن بعضها في غاية المتانه والقوة وان الروايات لا تقاومها وذلك لعدم تحقيق المقام لانها انما تتوجه لو جعلنا حق الشريك متعينا في المقبوض على جهة الشركة والامر عند القائل به ليس كذلك لانهم أجمعوا هنا [illegible] ه لصاحب الدين أن يطالب به

منفردا لان الاصل في مستحق الدين ان يتسلط على تحصيله واجمعوا على أن الشريك اذا لم يختر مشاركته يختص بما قبض وحينئذ فاذا اقبضه المديون شيئا معينا من ماله فقد تراضى هو والقابض على حصر بعض هذا الامر الكلي الثابت في الذمة في الفرد المقبوض والحال ان مافي الذمة وهو الامر الكلي مشترك بين الشريكين فللشريك الآخر اجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشاركه فيه وان لا يجيزه فيطالب المديون بحقه لان حق التعين لا يتم الا برضاه وحينئذ فيتعين المعين أولا لقابضه وهذا هو الوجه في تخييرهم له بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه فعلى هذا لو اشترى بما قبضه شيئا وقف البيع على اجازة شريكه بمقدار حقه (فان قيل) اذا كان تعيين الكلي متوقفا على رضا الشريكين فيجب أن يبطل حق الشريك القابض من المقبوض أيضا لان الكلي لم يصح حصره في المعين بسبب عدم رضى الشريك فكيف يتعين بالنسبة الى واحد دون واحد مع استحالة الترجيح بغير مرجح (ويجاب) بأن المرجح موجود هنا وهو أن القابض قد رضي بتعيين حقه أجمع في المعين لكنه كان موقوفا على عدم اختيار الشريك مشاركته والحال انه ليس مجموع مافي الذمة حتى يحكم ببطلانه بسبب تعلق حق الشريك بالتعيين وانما هو بقدر حقه فاذا لم يتخير الشريك مشاركته فيه انحصر حقه فيه لقدومه على ذلك في ابتداء القبض وانما توقف على امر وقد حصل وبقي القدر الآخر باقيا في ذمة المديون للشريك ومن هنا وجب على الغريم الدفع اليه لانه بقدر حقه وامره يؤول الى انحصاره فيه أو فيه وفي شريكه وكلاهما يجب الدفع اليه والشريك وان لم يجب الدفع اليه قبل المطالبة الا ان هذا المدفوع لم يجب دفعه لاجله بل لاجل الشريك المطالب والحاصل ان الحق لما كان قد تعين باختيار المالك وقبض الغريم وانما كان موقوفا على أمر الشريك فاذا لم يرض به تحقق شرط التعين للقابض واستقر ملكه على المقبوض وبهذا تندفع الامور الخمسة ويظهر أن ليس فيها من القوة شيء كما ظنه جماعة كما عرفت وستسمع هذه الوجوه فهذا المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكا للقابض تاما لتعينه له على التقديرين بل على القولين فنماؤه قبل اختيار الشريك له وتلفه عليه واما النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضا متزلزلا مراعى باختيار الشريك الرجوع بحصته على المديون فيتم أو على مشاركه فينتقل ملكه اليه فان اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض وتبعه النماء وان اختار أخذه ملكه على الظاهر من حين قبض شريكه لانه يكون بمنزلة عقد الفضول واما تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين لقدومه على ضمانه ولعموم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد بين ذلك كله في (المسالك) لكنه بعد ذلك قال ان قول ابن ادريس لايخلو من قوة كما ستسمع وقد حاول هذا التحرير صاحب (التنقيح) ولم ينقحه فبقي كلامه مجملا مشكلا ونحوه مافي شركة (التذكرة) والوجوه التي ابدوها بها كلام ابن ادريس (اولها) انه ان وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب أن لايكون للشريك فيه حق وقد عرفت الحال في هذا آنفا (الثاني) انه لو كان للشريك في المدفوع حق لزم وجه قبح وهو تسلط الشخص على مال غيره بغير اذنه وقد عرفت أن حق الشريك غير متعين على جهة الشركة بل جعلناه مخيرا فلا قبح (الثالث) انه لو كان كذلك لوجب ان يبره الغريم من مقدار حقه من المدفوع لاستحالة بقاء الدين في الذمة مع صحة قبض عوضه وجوابه يعرف مما مر (الرابع) انه لو نهاه الشريك عن قبض حقه فان تمكن من المطالبة بحصته وجب أن لايكون للشريك فيها حق والا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك (والجواب) انك قد عرفت أن ليس للشريك حق متعين على جهة

ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا بيعه نسيئة ولو كان الثمن والمثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدراً والحلول (متن)

الشركة فيتمكن من المطالبة بحقه وللشريك الاجازة بعد وان نهاه قبل (الخامس) ان المقبوض اما أن يكون مالا مشتركا أولا فان كان مشتركا وجب على تقدير تلفه ان يتلف منهما كسائر أموال الشركة وتبرء ذمة الغريم منه والا لم يكن للشريك فيه حق وقد عرفت أن ليس للشريك حق متعين وان التلف من القابض لعموم الخبر واقدامه على الضرر وزاد في جامع المقاصد (سادسا) وهو ما اذا ضمن ضامن لاحد الشريكين حصته فانه يصح الضمان لعموم ادلته فيختص بالمال (بأخذ المال خل) المضمون من الضامن قال وهذا أحد دلائل التمكن من أخذ الحصة منفردا (وسابعاً) وهو انه لو أجل أحد الشركين حصته باشتراط ذلك في عقد لازم ونحوه جاز قطعا فان قبض الشريك بعد ذلك لم يرجع شريكه عليه بشيء لانه لا يستحق شيئاً الآن وتمكنه من تأجيله يقتضي جوار قبض الحصة منفرداً لاستلزامه تمييز حصته عن حصة الآخر فلو امتنع ذلك امتنع التضمين وهذان هما اللذان دعيا صاحب (المسالك) الى القول بقوة قول ابن ادريس وهما ليس بشيء لأن الابراء والهبة وبيع حقه على المديون ومصالحته عنه وتصالحهما على ما في الذمم بعضا ببعض وضمان الغير لاحد الشركين وتأجيل أحدهما حصته ونحو ذلك خارجة عما نحن فيه اذ لا ريب في بقاء حق الشريك وليست كالقبض اذ التمييز الذهني كاف في صحتها واما في صورة القبض فليس كذلك اذ المال مشترك فان التقدير ذلك فاذا دفع الى أحدهما فانما دفع عما في ذمته والدفع انما هو المال المشترك فلا يختص به القابض وما ذكره المصنف في الكتاب من انه لو احال كل واحد منهما صاحبه بحصته وقبل المديونان صح فقد استشكل فيه في التذكرة ونظر فيه في التنقيح وفي (الدروس) انه لا اثر له لانه توكيل في المعنى قلت وجملة من اخبار الباب قد اشير فيها الى ذلك وربما حمل كلام المصنف على سبق الدين كما في (الدروس والحواشي والتنقيح والمسالك والكفاية) وغيرها وحمل أيضاً في (جامع المقاصد والمسالك والروضة) وغيرها على صحة الحوالة من البريء وذلك في الحوالة الاولى خاصه لأنها حوالة ممن ليس في ذمته دين فيبني على صحتها ولا يلزم في الثانية لانها تقع ممن كانت ذمته مشغولة بما أخذه في الاولى وليس هو من الحوالة على البريء لانها صحيحة على الاقوى لمكان اجماع (السرائر) وعموم الامر بالوفاء وهو المشهور والمخالف الشيخ في أحد قوليه في (المبسوط) وحينئذ يمكن توجيه بعض اخبار الباب التي تضمنت بظاهرها انها لا أثر لها وتمام الكلام في المسئلة في باب الشركة فليحظ ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا يصح بيع الدين بدين آخر ولا بيعه نسيئه﴾ الكلام يقع في مقامات (الاول) بيع الدين المؤجل بعقد آخر والحال انه لم يحل بدين كذلك (الثاني) ان يكونا موجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بثمن كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بحاضر متشخص مشار اليه (الرابع) بيع دين مؤجل حال بحاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين حال بدين مؤجل حال (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بثمن مؤجل كان يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فتبايعا بالدينين (اما الاول) فقد نقل الاجماع جماعة على فساده وقد فسر بيع الكالي بالكالي المصنف والشهيدان والمقداد والكركي وغيرهم بما اذا كان العوضان مؤجلين والنهي عن بيع الكالي بالكالي بهذا اللفظ من طرق العامة

والذي فى اخبارنا انما هو النهي عن بيع الدين بالدين كما فى رواية طلحة بن زيد وفي (الصحيح) في بيع الدين قال لا يبيعه نسيئا واما نقدا فليبعه بما شاء ويظهر من (التذكرة) في مقام آخر أن بيع الكالي بالكالي هو بيع الدين بالدين سواء كان مؤجلا أم لا وظاهره تحريم كلا الامرين وقد تقدم الكلام في ذلك فى المقصد الرابع فى أنواع البيع (واما الثاني) ففي مجمع البرهان ان ظاهر العرف وكلام الفقهاء فساده وانه كالاول لانه أيضاً بيع الكالي بالكالي ثم احتمل قصره على الاول لانه المتبادر وأيده بالاصل مع عدم العلم بالاطلاق عرفا وبالعمومات مع ان سند روايتي المنع غير معلوم الصحة لان الاولى عامية والثانية ضعيفة بطلحة بن زيد البتري فيقتصر على موضع اليقين (قلت) الضعف منجبر بالشهرة والاشتهار كما اعترف هو بذلك وقد صرح جماعة ببطلان هذا القسم وفساده وكلامهم فى باب السلم معلوم وستسمع الاجماع عن جامع المقاصد بل صرح (فى النهاية والسرائر والمختلف والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وجامع المقاصد والروضة) ببطلان البيع فيما اذا جعل ثمن المسلف فيه دينا يستحقه فى ذمة البائع وهو أقرب الى الصحة مما نحن فيه ولهذا ذهب المحقق وتلميذه الآبي والمصنف في (التحرير) والمقداد والقطيفي الى الصحة فيما مثلنا به ومبنى الكلام في مسئلتنا يتوقف على بيان المراد من الدين ببيع الدين بالدين الذي نهي عنه في الخبر وانعقد الاجماع عليه هل عبارة عما كان دينا قبل العقد فيخص بذلك أو يشمل ماصار دينا بسبب العقد وان لم يكن دينا قبله والمشهور بل المجمع عليه الثاني كما بيناه غير مرة لان المسلم فيه فيما مثلنا به ليس بدين حال العقد وانما يصير دينا به مع ان ظاهرهم الاجماع على انه من بيع الدين المنهي عنه لو كان الثمن دينا غير حال وانما يتأملون فيه من جهة الثمن الذي هو فى الذمة وفي حكم المقبوض ولم أجد من أخرج المسلم فيه عن الدين لأن كان بعد العقد لا قبله الا الفاضل الشيخ ابراهيم القطيفي وهو على تأخره معلوم النسب عند من يعتبر ذلك وقال المحقق الثاني في (جامع المقاصد) اسم الدين واقع على المؤجل وان لم يكن قد ثبت فى الذمة بعد لان المحققين من أهل اللغة فسروا الكالي بالمؤخر وقد أطبق جميع الفقهاء على أن بيع المؤجل الموصوف بمثله باطل (قلت) وقد سمعت ماذكرناه في أول الباب في تفسير الدين (ومما ذكر) يعلم حال ماذكره الشهيد الثاني في كتابيه من أن الدين الممنوع منه ما كان عوضا حال كونه دينا يقتضى تعلق الباء به والمضمون عند العقد ليس بدين وانما يصير دينا بعده فلم يتحقق بيع الدين به ولانه يلزم مثله في بيعه بحال والفرق غير واضح ودعوى اطلاق اسم الدين عليه ان أرادوا به قبل العقد فممنوع أو بعده فمشترك واطلاقهم له عليه عرفا اذا بيع فيه مجاز ولو اعتبر هذا الاطلاق جاء مثله في الحال اذا لم يقبضه خصوصا اذا أمهله من غير تأجيل انتهى وهذا ايراد أورده المحقق الثاني وأجاب عنه بما حكيناه عنه (قلت) والفرق بينه وبين الحال أنه مع اشتراط التأجيل وذكره في العقد يصدق انه بيع دين بمثله اما بعد العقد فواضح وأما في أثنائه فلان الشرط كالجزء من العقد وترتب الحكم من الصحة والفساد انما يتوقف على تمامه فاطلاق اسم الدين عليه في أثناء العقد وبعده حقيقي بخلاف الحال فانه ان صح الاطلاق في صورة الامهال فمجاز لما عرفت فلا اشتراك فليحفظ (فليلحظ خ ل) هذا فانه نافع فى المقامات الآتية (وأما المقام الثالث) فقد تقدم الكلام آنفا عند شرح قوله يصح بيع الدين على من هو عليه (وأما الرابع) أعني بيع الدين الحال بحاضر مشار اليه فقد حكي على جوازه الاجماع في (المقتصر) وهو ظاهر (ايضاح النافع) وفي (مجمع البرهان) لا كلام فيه وفي (الرياض) لا خلاف فى الجواز الا في البيع على غير من هو عليه

فخالف فيه ابن ادريس وقد تقدم ولا فرق في ذلك بين أن يكون مؤجلا ثم حل أو يكون غير مؤجل (وأما الخامس) وهو بيع الدين الحال بدين مؤجل قد حل فقد جوزه في (الدروس) قال لو كان الدين حالا جاز بيعه بالعين والدين الحال ونحوه ما في (اللمعة) وقواه في (الروضة) ومنع منه الشيخ في (النهاية) والمصنف هنا وفي (التذكرة) في موضع منها والمختلف ومنع في (الوسيلة والنافع وكشف الرموز وحواشي الكتاب والمهذب البارع) من بيع دين بدين آخر وفي (المهذب) الاجماع عليه قال ما حاصله فلو باعه دينا في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمر ولم يجز قولا واحدا واطلاق كلامهم يتناول ما نحن فيه فليتأمل فيه وما نسبناه الى النهاية هو الذي فهمه منها المصنف في المختلف وهذه عبارة (النهاية) ولا بأس أن يبيع الانسان ماله على غيره من الديون نقدا و يكره أن يبيع الانسان ذلك نسيئة ولا يجوز بيعه بدين آخر مثله وهي محتملة لما اذا كانا مؤجلين أو حالين كعبارة الكتاب والتذكرة لكنه قال في (المختلف) وأما ان كان حالا لم يجز بيعه بدين آخر مثله وهل يجوز بيعه نسيئة قال في (النهاية) يكره ذلك مع انه منع من بيعه بدين آخر مثله فقد فهم منها المنع من بيع الدين الحال بالحال والا لما صحت المعارضة لان المؤجلين الذين لم يحلا لم يجز بيع أحدهما بالآخر اجماعاً (وكيف كان) فالدين المؤجل اذا حل يحتمل أنه لا يجوز بيعه بدين مؤجل قد حل لصدق اسم الدين عليه لتضمنه الاجل في الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين اذ لا يبعد من اعتبار الاجل فيه اعتباره حين ثبوته فيكون الدين ما ضرب له أجل في أول الامر فلا ينافيه خلوه عنه في ثاني الحال ولذا تراهم يطلقون عليه بعد حلول أجله اسم الدين اطلاقاً حقيقياً لا يصح السلب عنه و يحتمل الجواز للشك في الصدق وهو كما عرفت واللزوم الاقتصار في المنع عن بيع الدين بالدين المخالف للاصل على محل الوفاق وما نحن فيه محل خلاف فليس من محل الفرض والخبر المانع عنه وان كان عاما لكنه قاصر سنداً يشكل الاعتماد عليه فيما عدى محل الاجماع الا أن تقول ان الشهرة جابرة له سلمنا عدمها لكن اشتهاره لا يكاد ينكر (واما المقام السادس) فهو كما اذا باعه الدين الحال بدينار كلي لم يكن مستقراً في ذمته قبل البيع فقد صرح بجوازه (في الشرائع والمدعو كتاب) فيما يأتي (والتحرير والتذكرة والارشاد والمهذب البارع والمقتصر والمسالك والروضة ومجمع البرهان) وهو ظاهر (الدروس واللمعة) وغيرهما وفي ايضاح النافع يجوز قطعا وظاهره الاجماع وفي (المسالك والرياض) لا اشكال فيه و يظهر ايضا من المسالك الاجماع وقد سمعت ما في (جامع المقاصد) آنفا ودليله بعد الاصل والعمومات انه لا يصدق عليه لغة اسم الدين ولا الكالي بل ولا عرفا وان تأمل في العرف المقدس الاردبيلي (واما السابع) فقد منع منه في (السرائر والتذكرة) في موضع منها (والارشاد والتحرير والدروس واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد) واستحسنه (في المختلف) ووجهه ما حررناه في بيان المقام الثاني والمقام الخامس والجواز خيرة (النهاية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة) في موضع منها (وحواشي الكتاب والتنقيح وايضاح النافع والمسالك) وميل اليه (في الروضة ومجمع البرهان) للأصل وان الدين الممنوع عن بيعه بمثله ما كان عوضاً حال كونه ديناً الى آخر ما حكيناه عن الشهيد الثاني في المقام الثاني مضافاً الى ما ذكرنا في حجة الجواز في المقام الخامس وفي كثير مما ذكر صرح بالكراهة وأما الثاني فقد منع منه (في جامع المقاصد) وفصل هو (في حاشية الارشاد) فمنع منه اذا كانا مؤجلين لم يحلا وجوزه اذا كانا حالين وقد تقدم الكلام في مثله في باب الصرف هذا وحيث يصح البيع فلا بد من مراعاة شروطه كما أشار اليه المصنف بقوله ولو كان الثمن

وارزاق السلطان لايصح بيعها الا بعد قبضها وكذا السهم من الزكاة والخمس ﴿ المطلب الثاني في القرض ﴾ وفيه فضل كثير وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب (متن)

والثمن من الربويات اشترط في بيعه بجنسه التساوي قدراً والحلول ﴿ قوله ﴾ ﴿ وارزاق السلطان لايصح بيعها الا بعد قبضها ﴾ كما (في المقنعة والنهاية والوسيلة والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لان ذلك غير مملوك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا السهم من الزكاة والخمس ﴾ كما (في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) لعدم ملكها لعدم قبضها *(المطلب الثاني في القرض)* ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفيه فضل كثير ﴾ وهو مندوب مرغب فيه اجماعاً كما (في التذكرة) بل استحبابه ضروري لكنه كاد لايوجد في الغري على مشرفه أفضل الصلوة والسلام (قال الباقر عليه السلام) من أقرض قرضاً الى ميسرة كان ماله في زكوة وهو في صلوة من الملائكة عليه حتى يقتضيه (وعن) كتاب عقاب الاعمال عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من شكى اليه أخوه المسلم فلم يقرضه حرم الله عليه الجنة يوم يجزي المحسنين (وعن الامالي) في خبر المناهي من احتاج اليه أخوه المسلم في قرض وهو يقدر عليه ولم يفعل حرم الله عليه ريح الجنة الى غير ذلك من الاخبار الكثيرة الحاثة عليه المرغبة اليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو أفضل من الصدقة بمثله في الثواب ﴾ هذا من الاخبار المرغبة فيه وقد رواه الشيخ (في النهاية) وابن ادريس في (السرائر) والمصنف (في التحرير) ونقل روايته (في التذكرة) عن الشيخ قال في (جامع المقاصد) الجار في بمثله يحتمل أن يتعلق بالصدقة فيكون المعنى القرض بشيء أفضل من الصدقة بمثل ذلك الشيء وفضليته في الثواب فيكون الجار في قوله في الثواب متعلقاً بأفضل (وقد يقال) الأفضلية هنا لا تكون الا باعتبار الثواب فقد يقال ان في الثواب مستدرك ويحتمل أن يكون الجار الاول متعلقاً بأفضل ويكون المعنى المراد ان القدر المقرض أفضل من الصدقة به بمقدار مثله في الثواب (ويرده) أن المتفاضل به هو مقدار ثواب المتصدق به لا مقدار مثله فيكون فسداً انتهى (قلت) التقدير ثمن المتصدق به يستلزم التقدير بمثل ثوابه فلا فساد كما انه لا استدراك على التقديرين لجواز كون القيد لبيان الواقع من قبيل قتل النبيين بغير حق و يطير بجناحيه ودابة في الارض والمعنى الثاني هو الاوفق بمناسبة الآخر المشهور وهو ان درهم الصدقه بعشرة والقرض بثمانية عشر وذلك لان القدر المعروف من ثواب الصدقه والمشترك بين جميع افرادها عشرة فيكون درهم القرض بعشرين لا انه يرجع الى ثمانية عشر ويوافق الخبر المشهور وذلك لان الصدقه بدرهم مثلا ما صارت عشره وحصلت لصاحبها حتى أخرج درهما ولم يعد اليه فالثواب الذي كسبه في الحقيقه تسعة فيكون القرض بثمانية عشر لانه أفضل منه بمثله لان درهم القرض يرجع الى صاحبه والمفاضلة انما هو في الثواب المكتسب ولك أن تقول أن درهم القرض لما كان يرجع بعينه ويرجع ماقابله من الثواب المخصوص تلك العين يكون الباقي ثمانية عشر فتأمل في هذا واما المعنى الاول فانما يدل على أرجحية القرض على الصدقة مطلقا لا على تقدير الرجحان ثم ان ترتب الثواب عليه فضلا عن زيادته على ثواب الصدقه فرع التقرب به الى الله سبحانه وتعالى فلو خلي عنه لم يترتب عليه ثواب فضلا عن زيادته وذلك ظاهر مضافا الى الخبرين الربا ربا آن أحدهما حلال والآخر حرام فاما الحلال فهو أن يقرض الرجل أخاه قرضاً طمعا أن يزيده و يعوضه باكثر مما يأخذ من غير شرط فهو مباح له وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه وهو قوله تعالى فلا يربو عند الله الحديث (وقد ...

ولا بد فيه من (ايجاب) صادر عن أهله (متن)

ترتب الثواب عليه وزيادته على ثواب الصدقة تفضل من الله سبحانه وتعالى وان لم يقصد القربة لانه لا يقع الا في يد المحتاج ولانه يعود فيقرض مرة أخرى ولا كذلك الصدقة وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القربة كالكرم والحياء هذا وقد روي أن القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ويحمل على الصدقة الخاصة كالصدقة على الارحام والعلماء والاموات فقد روي انها على أقسام كثيرة منها ما أجره عشرة ومنها سبعون ومنها (سبعمائة خ ل) وسبعمائة وسبعون ألفاً ﴿قوله﴾ ﴿ولا بد فيه من ايجاب صادر عن أهله﴾ قال في (جامع المقاصد) ظاهر عباراتهم انه لا بد من الايجاب القولي وعبارة (التذكره) أدل على ذلك قلت وهو كذلك في (المراسم والوسيلة) وجملة من العبارات انه يفتقر الى ايجاب وقبول وهذه العبارات ظاهرة في القولي فيهما أي الايجاب والقبول وكما ان عبارة (الشرائع) في بعض نسخها (والمسالك والروضة والكفاية) صريحة في ذلك فيهما وقريب منها عبارة (اللمعة) وعبارة (التذكرة) كادت تكون صريحة في ايجاب الايجاب القولي وعبارة (الارشاد والتحرير) ظاهرة في اشتراط اللفظ فيهما وان تفاوتتا في الظهور وعبارة (التذكرة) في القبول كعبارة الكتاب صريحة في الاكتفاء فيه بالفعلي والقولي وهو الذي قربه في (الدروس) قال والاقرب الاكتفاء بالقبض لان مرجعه الى الاذن في التصرف وكأن التعليل عليل ان أراد الاكتفاء به في الملك كما هو الظاهر ونسب ذلك الى جماعة في (المسالك) قلت بل ظاهر (التذكره) كما فهمه منها المولى الاردبيلي أنه لا نزاع في القبول الفعلي وانما النزاع في عدمه مطلقاً وقد خلت بقية العبارات عن التعرض للعقد بالكلية لكن كلامهم في الاحكام والثمرات يدل على التوقف على العقد على أحد القولين كقولهم ان ليس للمقرض انتزاع العين وان للمقرض أن يمتنع من رد العين فيرد بدلها وقد يكونون ممن يكتفون بالمعاطاة (حجة) القائل باشتراط الايجاب والقبول القوليين انه لا خلاف في افادته انتقال الملك اما بالعقد والقبض أو مع ضميمة التصرف على الخلاف الآتي فلا جرم وجب الاقتصار فيه لمخالفته الاصل على ما يتحقق به الانتقال بالاجماع والضرورة وهو ما اذا كان بعقد يتضمن الايجاب والقبول فلا تكفي المعاطات فيه وان اكتفى بها في حصول اباحة التصرف (قلت) ويكتفي بها في حصول الثواب ولزوم العوض اذ يكفي في ذلك القصد والاعطاء والقبض بذلك القصد ولا ينبغي النزاع في ذلك كما في مجمع البرهان (وحجة) القائل باعتبار اللفظ في الايجاب والاكتفاء بالقبول الفعلي في حصول الملك وترتب الاحكام كعدم جواز انتزاع العين للمقرض صدق اسم القرض لغة وعرفا والاصل عدم اعتبار أمر زائد عليه وانه لم ينقل عن العصر السالف اعتبار الصيغة مع استمرار الطريقة على ذلك في الجليل والحقير بل الظاهر انهم كانوا يكتفون بمجرد الطلب والقرينة والاعطاء كما يرشد الى ذلك حديث استقراض علي بن الحسين عليهما السلام فانه كالظاهر في ذلك (الا أن يقال) ان ذلك كله من باب المعاطاة وأما كلام أهل اللغة فقد قال في (مجمع البيان) أقرض فلان فلانا اذا أعطاه ما يتجازاه منه وفي (الصحاح والقاموس) القرض ما تعطيه لتتقاضاه ونحوه ما في (مجمع البحرين) وفي (المصباح المنير) استقرض طلب القرض واقترض أخذه ونحوه ما في (النهاية الاثيرية) وكلامهم هذا وان دل على عدم الحاجة الى القول من الجانبين فتكفي المعاطاة كما احتملناه من كلام جماعة الا انك يمكنك أن تدعي أن ظاهرهم الاجماع على اعتبار اللفظ في

كقوله أقرضتك أو تصرف فيه أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه (متن)

الايجاب وقد اكتفوا في الوكالة في الايجاب والقبول بما يدل عليهما ولو بالاشارة المفهمة في الاول والفعل الدال على الرضا في الثاني من غير خلاف بينهم (١) والمشهور في العارية الاكتفاء بما يدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً كما أن المشهور ذلك في الهبة أعني صدقة التطوع وظاهر (التذكرة) عدم الخلاف بيننا في جواز قبول المضاربة بالفعل وفي الاكتفاء في الايجاب والقبول بكل لفظ هذا مضافا الى ماسمعته عن (التذكرة) من ظهور عدم الخلاف في الاكتفاء بالقبول الفعلي فيما نحن فيه نعم قال جماعة في الشركة حيث تكون من جملة العقود لا بد فيها من اللفظ الصريح من الجانبين ولعله للفرق بينها وبين الشركة ويحتمل أن يكون لمخالفة الاصل ثم الظاهر انه على القولين لا يشترط فيه المقارنة ولا غيرها مما يشترط في العقود اللازمة وهذا كله بناء على المشهور من عدم توقف الملك على التصرف وأما على القول بتوقفه عليه فينبغي أن لا يتوقف على العقد بمعنييه لان ثمرة الخلاف في جواز رجوع المقرض بالعين مادامت باقية ووجوب قبولها لو دفعها المقترض فعلى المشهور ليس للمقرض الرجوع بالعين وله ذلك على القول الآخر وكذلك الحال في النماء قبل التصرف ان قلنا بأنه أي التصرف ناقل للملك حقيقة أو ضمنا يعني قبل التصرف بلحظة يسيرة كما في العبد المأمور بعتقه عن الآمر الغير المالك فانه للمقترض على المشهور وللمقرض على القول الآخر ولو قيل فيه بالكشف ففيه احتمالان وتظهر الفائدة أيضا في نفقة الحيوان وفي وقت انعتاقه لو كان ممن ينعتق على المقترض الى غير ذلك وبذلك يظهر ما في (المسالك) من قوله ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف كان قبله بمنزلة الاباحة فينبغي أن لا يتوقف على العقد (الا أن يقال) ان ترتب الأثر بعد التصرف على الوجه الآتي المغاير للاباحة يتوقف على مايدل عليه وهو العقد انتهى فتأمل في كلامه الاخير ثم انه ليس في كلامهم تصريح ببيان المراد بالتصرف الموجب للملك على ماذكر هو في (المسالك) وبعض العبارات تشعر بأنه المتلف أو الناقل وعن الشهيد أنه مطلق التصرف كما هو الظاهر فيعود الخلاف لفظياً بينه وبين القول الثاني فان القبض نوع من التصرف على ماقد قيل وهذا حديث اجمالي وتمام الكلام يأتي بعون الله تعالى كما يأتي الجمع بين قولهم انه عقد جائز وقولهم ليس للمقرض الرجوع بالعين وان كانت باقية بل له المطالبة بها أو بغيرها ويندفع الاشكال عن صاحب المسالك ولعل المصنف أراد بقوله صادر عن أهله ما أشار اليه في (التذكرة) بقوله يعتبر فيه أهلية التبرع لأن القرض تبرع فلا يقرض الولي مال الطفل الا لضرورة ومنه يعلم حال قوله في (الدروس) وأهله أهل البيع اذ ليس أهله أهل البيع بل هناك شرط آخر زائد كما عرفت ﴿قوله﴾ (كقولك أقرضتك أو تصرف به أو انتفع به أو ملكتك وعليك رد عوضه وشبهه) ونحوه مافي التحرير وزاد في (التذكرة) أسلفتك أو خذ هذا بمثله أو خذه واصرفه فيما شئت ورد مثله وقال جماعة انه لا ينحصر في لفظ كالعقود الجائزة بل كل لفظ دل عليه كفى الا أن أقرضتك صريح في معناه فلا يحتاج الى ضميمة عليك رد عوضه ونحوه وغيره يحتاج اليها كما صرح به في (جامع

(١) وقد يقال ان ذلك من باب المعاطاة في الوكالة والفرق انه لا يثبت بذلك جعل لو كان مشروطا فيها فتأمل ويجري مثل ذلك في العارية بل في الوديعة بل قيل في الوديعة انها ليست من العقود (منه طاب ثراه)

(وقبول) وهو مايدل على الرضا قولاً أو فعلا وشرطه عدم الزياده في القدر أو الصفه (متن)

المقاصد والمسالك والروضة والرياض) ولم يذكر في الارشاد هذا القيد أعني عليك رد عوضه بعد تنفع به وتصرف به ولعله اكتفى بالمقاولة وذكره قبل وقال في (الدروس) له عقد ايجابه أقرضتك أو أسلفتك أو ملكتك وعليك رد عوضه أو خذه مثلا أو قيمة أو تصرف فيه أو انتفع به كذلك وشبهه انتهى ولعله لو أخر وعليك رد عوضه مع قوله مثلا أو قيمة الى بعد قوله وانتفع به واستغنى عن قوله كذلك لكان أجود وسيأتي الكلام فيما اذا قال له ملكتك وأطلق والضمير في شبهه في عبارة الكتاب عائد الى قوله كقوله أقرضتك ويمكن عوده الى قوله وعليك رد عوضه بتأويل هذا المعنى وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبول وهو ما يدل على الرضا قولا وفعلا ﴾ قد عرفت الحال في ذلك والقائل بافتقاره الى اللفظ قال لا ينحصر في عبارة ففي (الشرائع) هو اللفظ الدال على الرضا ولا ينحصر في عبارة ونحوه مافي التحرير وفي (الدروس واللمعة) قبلت وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشرطه عدم الزيادة في القدر أو الصفة ﴾ ربوية كانت العين المستقرضة أم غيرها عندنا كما في التذكرة والمسالك وفي (الغنية) الاجماع على أنه يحرم اشتراط الزيادة سواء كان في القدر أو الصفة وفي (السرائر) أنه لا خلاف بين أصحابنا انه متى شرط زيادة في العين أو الصفة كان باطلاً والاجماع حاصل منعقد على هذا انتهى وفي (المختلف) اذا أقرضه شيئاً وشرط عليه أن يرد عليه خيرا مما اقترض كان حراماً و بطل القرض اجماعا وفي (مجمع البرهان) أن تحريم شرط النفع في القرض عيناً اجماعي بين المسلمين وفي (الكفاية) يحرم اشتراط النفع لا أعلم فيه خلافا والحكم المذكور بأطرافه صرح في (المبسوط والسرائر) وما تأخر عنهما وهو معنى قول المحقق في كتابيه ويجب الاقتصار على العوض وهذا الاطلاق وما كان نحوه وان عم صورتي اشتراط الزيادة وعدمها كعموم أدلة تحريم الربا والزيادة الا انه مخصصة بالصورة الاولى خاصة كما ستسمع وقد استثنى جماعة من منع اشتراط الصفة مالو شرط الصحاح عوض الغلة فانه جائز منهم الشيخ في (النهاية) والقاضي والحلبي فيما حكي عنهما وابن حمزة في (الوسيلة) وزاد الحلبي أيضا جواز اشتراط العين من النقدين بدل المصوغ منهما واشتراط الخالص بدل الغش وفي (السرائر) ان مراد الشيخ الغلة مكسرة الدراهم وقد صرح في (الوسيلة والنهاية) بالفساد بزيادة الصفة فيما عدا ذلك كما ستسمع كلام الوسيلة وظاهر (التحرير) التردد وقد يلوح ذلك أي التردد من الكفاية وظاهر المحقق المقدس الاردبيلي الميل الى ذلك وتعميم الحكم في المنفعة الحكمية لا لخصوص ما في النهاية وما وافقها بل ربما يظهر من حكايته عن الشيخ والجماعة انهم عمموا الحكم قال واما اشتراط الزيادة وصفا مثل ان يشترط الصحيح عوضاً عن المكسور فنقل عن الشيخ والجماعة جوازه وكأنه مثل اشتراط الجيد عوضاً عن الردي للاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من اجماع ونحوه و خبر العامة ليس بصحيح ومعارض بخبر محمد بن مسلم ثم ذكر جملة من الاخبار المطلقة في جواز أخذ نفع القرض الى أن قال نعم يمكن حملها على ما اذا لم يشترط جمعاً بين الادلة ثم أورد جملة من الروايات الداله على نفي البأس مالم يشترط ثم ذكر صحيحة محمد بن قيس وقال هذه صريحة في المنع والتحريم عن الزيادة الوصفية الى ان قال فلولا الحمل بل ولولا هذه الرواية لكان قول الشيخ والجماعة قويا بما تقدم من عدم نص صحيح في المنع في الوصف لان الاخبار المتقدمة انما دلت بالعموم على البأس مع الشرط وهو اعم من الكراهية والتحريم وكان الحمل على الكراهية أولى فتأمل (وفيه) مع اطباق

فلو شرطها فسد ولم يفد جواز التصرف (متن)

باقي الاصحاب على خلاف هذا القول ومنهم الشيخ في (المبسوط) انه مصادم لاجماع (الغنية والسرائر والمختلف) وان ثبوت البأس المدلول عليه بالمفهوم في الاخبار مع الزيادة مطلقا أو مع الشرط كقول الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي اذا اقرضت الدراهم ثم جائك بخير منها فلا بأس اذا لم يكن بينكما شرط وان كان أعم من الكراهية والتحريم الا أن صحيحة محمد بن قيس لما صرحت بالتحريم كما اعترف به هو وجب حمل هذا الاطلاق في هذه الاخبار عليها وتقييده بها وهذا متن الصحيحة المذكوره من اقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جوزي بافضل منها فليقبل ولا ياخذ أحد منكم ركوب دابة او عارية متاع يشترطه من اجل ورقه ثم ان خبر خالد بن الحجاج قد تضمن ان الربا جاء من قبل الشرط وانما يفسده الشروط والضعف منجبر بالشهرة معتضد بما عرفت وقد وسمه في (الرياض) بالصحة وليس بصحيح لان احداً لم يوثق خالدا غير ماحكاه ابن داود عن النجاشي قال يحيى بن الحجاج بغدادي ثقة هو وأخوه خالد ناقلا لذلك عن النجاشي واستظهر بعضهم زيادة لفظ هو وايده بأن النجاشي لم يذكر خالداً في الموثقين ولعل مستند الشيخ ومن وافقه كما في (السرائر) موثقة (صحيحة خ ل) يعقوب بن شعيب قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الرجل الغلة فيأخذ منه الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه قال لا بأس وذكر ذلك عن علي عليه أفضل الصلوة والسلام ورده في (السرائر) وغيرها بأنه ليس في الخبر للشرط ذكر فلا دلالة فيه فان أعطاء الصحيح والزائد بدون الشرط مما لاخلاف فيه وقد حكى عليه الاجماع جماعة كما ستسمع هذا وفي صحيحة محمد بن قيس المذكورة آنفا كلام وتحقيق يأتي ذكره قريبا وقد ذكرنا بعضه في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة الخ ﴿قوله﴾ ﴿فلو شرطها فسد﴾ اي لو شرط الزيادة في قدر القرض أو صفته كأثني عشر في عشرة والصحيحة في المكسرة فسد القرض للاجماعات المحكية آنفا كاجماع السرائر والمختلف بل واجماع الغنية والنبوي المنجبر بالشهرة واستدل عليه في (جامع المقاصد) بالنصوص الدالة على صحته مع الزيادة اذا لم يشترطها (وقد يقال) ان الظاهر من اخبار الباب انما هو بطلان الشرط فان مفهوم نفي البأس مع عدم الشرط في كثير منها انما توجه الى الزياده كموثقة اسحق بن عمار المشتمله على انه ينيله الشيء بعد الشيء كراهة أن يأخذ ماله ايحل ذلك قال لا بأس اذا لم يكونا شرطاه ومثله خبر اسحق الآخر وحسنة الحلبي ونحوه قوله عليه السلام في صحيحة ابن قيس ولا يأخذ أحدكم ركوب دابة الى آخره وقد تقدم لنا في بحث الشروط ان فساد الشرط لايقتضي فساد العقد على الاصح (وقد يجاب) بأن بعضها أيضاً دال على ماذكره في (جامع المقاصد) على تأمل وقد نقلنا في باب الربا عن (مجمع البيان) وعن ظاهر الاصحاب تحريم المعامله وما يحصل منها من رأس المال والزيادة ﴿قوله﴾ ﴿ولم يفد جواز التصرف﴾ للاجماع وظاهر النصوص المصرحة بفساد الزيادة مع اشتراطها المستلزم لفساد المشروط بها كما في (الرياض) وقد عرفت الحال في ظواهر النصوص وفي (المسالك) الاجماع على أنه لا يفيد وهو معلوم من الاجماعات المحكية على فساد العقد ويكون مضمونا كما هو الشأن في البيع الفاسد للقاعدة المشهورة بل المجمع عليها وهي كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وخالف في (الوسيلة) فانه قال والفاسد مايؤدي الى الربا مثل شرط الزيادة في الصفه أو القدر أو اباحة ماعلى الرهن فاذا

وان لم يكن ربوياً ولو تبرع المقترض بالزياده جاز (متن)

كان كذلك لم يملكه بنفس القرض و بقي امانة في يده وقد حمله في (مجمع البرهان) على صورة جهل المقترض واستظهر عدم ضمانه حينئذ لان القاعدة المذكورة لم تثبت عنده بالدليل ولا اجماع عليها لوجود الخلاف في الجملة ولعله فهم الخلاف من ابن حمزة هنا وقد تقدم الكلام في هذه القاعدة لكن العجب من صاحب الرياض اذ هو ممن يعترف بصحة هذه القاعدة ومع ذلك قيد الضمان بالعلم مستندا الى هذه القاعدة ونسب الخلاف لابن حمزة وقد عرفت أن القاعدة مطلقة كعبارة الوسيلة ﴿ قوله ﴾ ﴿وان لم يكن ربويا﴾ قد عرفت ان ظاهر (التذكرة والمسالك) الاجماع على ذلك وقد حاول بذلك التنبيه على أن القرض ممنوع فيه من الزيادة مطلقا لانه انما جعل للارتفاق ومحض الاحسان لا كالبيع الذي انما يمنع فيه من الزيادة في الربويات لانه مبني على المغالبة والمماكسة فدليل دخول الربا في القرض غير الآية كالنبوي وغيره ولهذا يحرم القرض مع الزيادة وان لم يكن ربويا ولا يصح اشتراط الصحيح والجيد عوض المكسر والردي فلا يصح أن يقال ان دخول الربا في القرض مؤيد للقول بأنه أي الربا يعم جميع المعاوضات اذ القول باختصاصه بالبيع والقرض من دون سائر المعاوضات بعيد كما في (مجمع البرهان) وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الربا ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو تبرع المقترض بالزيادة جاز﴾ اجماعا كما في (الغنية والتذكرة وظاهر المسالك والروضه) حيث نفى عنه الخلاف فيهما والنصوص بذلك مستفيضه وفيها الصحاح و في (الغنية) الاجماع على انه لا فرق في ذلك بين أن يكون ذلك عادة المقترض او لم يكن وقد نص على ذلك جماعة منهم الشيخ في (المبسوط) وقال جماعة انه لا يكره لاطلاق النصوص (قلت) وفي اخبار الخاصه والعامه مايدل على عدم كراهية الاعطاء بل على استحبابه والشيخ في (النهايه) بعد ان عد جملة من المواضع التي يجوز قبول الزيادة فيها عينية أو وصفية مع عدم الشرط قال والاولى تجنب ذلك أجمع ونص جماعة على انه لا فرق بين أن يكون ذلك من نيتهما أو لم يكن (قلت) ويدل عليه صريحا بعد اطلاق النصوص خبر أبي الربيع حيث يقول فيه وقد علم المستقرض والقارض انما اقرضه ليعطيه أجود منه قال لا بأس اذا طابت نفس المستقرض وقد روى هذا الخبر صحيحا في (الكافي والتهذيب) الى السراد فهو عند جماعة ملحق بالصحاح وفي (الدروس) انه يكره اذا كان ذلك من نيتهما ولم يذكراه لفظا ولعله بناه على المسامحة في أدلة الكراهية وقد سمعت ما في (النهاية) وهذه الزيادة ان كانت حكمية كالو دفع الكبير بدل الصغير والجيد بدل الردي فقد قال جماعة انه يملكه المقرض بقبضه مستقرا وهو الظاهر وفي (حسنة الحلبي) لو وهبها له كلا كان أصلح وكأنه عليه السلام اراد الاشارة الى رفع الكراهية وان كانت عينيه فالظاهر كون الزائد بمنزلة الهبة فيلزمه أحكامها كما قاله جماعة منهم صاحب الجامع لاصالة بقاء الملك على أصله مضافا الى اطلاق الهبة عليه في الحسنة في الزيادة الحكمية كما سمعت فتأمل وفي عبارة (مجمع البرهان) في المقام نوع خلل هنا وفي بعض الاخبار دلالة على المنع عن الزيادة مطلقا كصحيحة يعقوب بن شعيب وقد حملها الشيخ على الكراهية تارة وعلى الشرط أخرى وربما حملت على التقية كما يفهم من خبر هذيل بن حيان حيث قال وقد سئلت من قبلنا فذكروا ان ذلك فاسد لا يحل وربما استجود الحمل الاول ولا منافات فيه لما سلف فان موارد مادل على الفضل في الزيادة انما هو في صورة الاعطاء خاصة ولا كذلك مادل على المنع فان مورده صورة

ولو شرط رد المكسره عوض الصحيحه أو الانقص أو تأخير القضاء لغا الشرط وصح القرض لانه عليه لاله ولو شرط رهنا أو كفيلا به جاز لانه أحكام ماله أما لو شرط رهنا بدين آخر فالاقرب الجواز (متن)

الاخذ خاصة وقد استوفينا الكلام في هذا الخبر في باب الربا عند شرح قوله ولو اراد المعاوضة على المتفاضلين وسيجيء الكلام مستوفى أيضاً قريبا وفي (مجمع البرهان) ان ظاهر جملة من الاخبار وجوب اخذ الاجود ذكره في التذكره وليس يبعيد وعدم الاخذ وتكليف المقترض بغير الاجود منفي بالاصل ولانه فضل ماله وزيادة بلا مانع فيجب القبول ولدخوله تحت مثل المال ولما تقدم من الوجوب في السلف نعم يمكن المنع في الزيادة العينية وهنا أيضاً لا ينبغي مع عدم المنه بل قد يكون له المنه لو قبل خصوصاً اذا تعسر دفع الحق بغير زيادة لفقد الكيل أو الوزن ولم يقبل أن يأخذ مايحتمل حقه ويبرء عن الزيادة لو كانت ويدل على استحسان القبول حسن الاقتضاء والقضاء وهو ظاهر انتهى (وقد يقال) ان الاخبار التي ادعي ظهورها في وجوب أخذ الاجود انما تضمنت نفي البأس كصحيحة الحلبي وحسنته وروايتي خالد وابي الربيع وهو ليس بتلك المكانة من الظهور في الوجوب وهو يحتاج الى دليل صريح واضح ثم انه اذا كان مكروها كيف يكون واجبا وعساك تقول انه استند الى قوله عليه السلام في صحيحة ابن قيس فان جوزي بأفضل منها فليقبل (وفيه) انه امر بعد الحظر أو توهمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط رد المكسرة عوض الصحيحة او الانقص أو تأخير القضا لغى الشرط وصح القرض لانه عليه لاله ﴾ وفاقا (للتذكرة والدروس) في الاول مع التصريح في (التذكرة) بأن الاقوى صحته لازومه وللتحرير في الاول والثالث واستشكل فيه في الثاني أعني رد الانقص سواء كان مما يجري فيه الربا أولا وقد يلوح من التذكرة التردد في الثالث أعني اشتراط تأخير القضاء وليس كذلك ووجه ما قواه فيها أي التذكرة من عدم لزوم هذا العقد حيث يصح أن القرض مبني على المماثلة بين القرض والعوض فاذا شرط ترك البعض أو التأخير مثلا فقد وعده بالاحسان ولا يجب الوفاء انما الواجب أداء ما اقتضاه القرض (وقد أورد) على تعليل المصنف بأنه لا يرتبط بالدعوى فان كون الشرط عليه لا له اذا كان فاسدا لاغيا كيف يصح القرض مع انه لم يقع التراضي الا على الوجه المتضمن للشرط (وأجاب) في (جامع المقاصد) بأن في ذلك تنبيها على أن هذا الشرط كما دل على الرضا بالقرض معه دل على الرضا به بدونه لانه اذا رضي بما عليه رضي بماله بطريق أولى فيكون الرضا بالقرض واقعا على وجهين أحدهما مدلول عليه بمنطوق اللفظ والآخر بمفهوم الموافقة فاذا امتنع أحدهما لغي وصح القرض باعتبار الوجه الآخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط رهنا أو كفيلا جاز لانه أحكام ماله ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا كما يظهر ذلك من (جامع المقاصد) حيث جعل المسئلة الآتية محل خلاف وبالجواز صرح في (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) وهو ظاهر الباقين كما يظهر ذلك من كلامهم في المسئلة الآتية وغيرها وكذلك الحال فيما اذا أقرضه بشرط الاشهاد أو الاقرار به عند الحاكم كما في التذكرة لان ذلك كله من التوثيق وأحكام الحجة وليست بمنافع ماليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرط رهنا بدين آخر فالأقرب الجواز ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والايضاح وكنز الفوائد وجامع المقاصد) وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال ولو شرط رهناً بدين آخر فالاقرب عندهم الجواز وقالت الشافعية انه

وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه آخر أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه (متن)

كشرط زيادة الصفة وهو ممنوع انتهى وخيرة (التحرير وحواشي الكتاب) المنع واستجوده في (الدروس) على الظاهر لتحقق زيادة المنفعة والخبر النبوي (وفيه) ان ذلك ليس زيادة في مال القرض وانما هو شرط خارج عنه وان كان زيادة بحسب الواقع فان المنهي عنه هو الزيادة في مال القرض والنبوي معارض بالاجماعات والاخبار الأخر كما ستسمع ومنه يعلم الحال فيما اذا شرط كفيلاً بدين آخر وكأن صاحب (التنقيح) متردد في المسئلة وتمام الكلام في المسئلة الآتية ﴿قوله﴾ ﴿وكذا يجوز لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يقرضه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستسلف (يستلف خ ل) منه﴾ هذه المسئلة من أمهات المسائل ومهماتها وقد صنف أستاذنا العلامة الامام الماهر ملا محمد باقر حشره الله سبحانه مع من ضاجعه في الحائر رسالة في تحريم ذلك أعني القرض بشرط البيع المشتمل على المحاباة وادعى على ذلك اتفاق الاصحاب وتضافر الروايات ووافقه على ذلك العلامة الحبر المعتبر الشيخ جعفر دام ظله وخالفهما في ذلك أستاذنا الامام العلامة أستاذ الكل في عصره السيد محمد مهدي حشره الله تعالى مع أجداده الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين ولما كان كذلك أحب شيخنا ومولانا العالم العابد الزاهد الحبر التحرير الكامل الشيخ حسين نجف دام ظله ان أنظر الاخبار وكلام الاصحاب وأميز الخطأ من الصواب فذكرت ذلك لسيدنا المشار اليه أسبغ الله رحمته ورضوانه وغفرانه عليه فدل على بعض المطالب وأشار الى ملاحظة كلام كاشف الرموز الحسن بن أبي طالب فنظرت الرسالة المذكورة فوجدتها قد تضمنت أمرين (الاول) ان فتح هذا الباب يسد باب المعروف بالكلية (والثاني) ان ذلك قرض يجر نفعاً وكل قرض كذلك فهو حرام فعارضت الامر الاول بما ذكره أصحابنا من الحيل للتخلص من الربا متفقين عليه من دون مخالف أصلاً وما ذكروه من جواز بيع الشيء بأضعاف قيمته حالاً ومؤجلاً من غير خلاف أيضا فبالأول قد فتحوا باب الحيلة وبالثاني يتحقق سد باب القرض والمعروف لمن أراده لان من أراد أن يقرض دراهم يعامل (ليعامل خ ل) بسببها محاباة له مندوحة عن ذلك ببعض ما ذكروه من التخلص كما اذا أراد أن يقرضه مائة بشرط أن يشتري منه المقترض متاعه الذي يسوى عشرة بعشرين فليبعه المتاع المذكور بمائة وعشرين ويهبه المائة ويقرضه اياها الى غير ذلك من أنواع التخلص من القرض بشرط البيع مع المحاباة وبدونها فمسئلتنا ان قلنا بالتحريم فيها لم ينفتح بها باب المعروف وقد جعلوا ما ذكروه طريقا لسده لمن أراده وان قلنا بجوازها لم يكن السد مستندا اليها بل هي كغيرها من أنواع التخلص فلم يكن هناك شيء لولاها لم يكن (وأما) الأمر الثاني فذكرت أنه مردود بالاجماع والنصوص والفتاوى وأسبغت الكلام في رسالة بلغنا فيها أبعد الغايات (وخلاصة) الكلام في المقام أن الاستاذ رضي الله عنه قال لا يجوز ان يبيع المقرض من المستقرض بأزيد من ثمن المثل أو يشتري منه بأنقص أو يصالح أو يعارض (يعاوض خ ل) كذلك أو يملك منه عيناً أو منفعة بعقد هبة أو غيرها وادعى على ذلك الوفاق تارة وعدم الخلاف أخرى وان الروايات بذلك متضافرة ونحن نقول قال الفاضل الآبي اليوسفي في (كشف الرموز) ان الشيخ ادعى الاجماع على أنه لمن يقرض غيره مالا أن يبتاع منه شيئاً بأقل من ثمن المثل لا على وجه التبرع بل بسبب

الاقراض وانه لا يعرف له (مخالف مشهور خل) مخالفا وقال في (الخلاف) اذا باع دارا على أن يقرض المشتري الف درهم او يقرضه البائع الف درهم فانه سائغ وليس بمحظور دليلنا اجماع الفرقة وفي (الغنية) يجوز ان يقرض غيره مالا على ان يأخذه في بلد آخر اوعلى ان يعامله في بيع او اجارة اوغيرهما بدليل اجماع الطائفة وهذان الاجماعان باطلاقهما يتناولان محل النزاع والاطلاق حجة حتى يظهر المخصص ودعوى ظهور ما كان بثمن المثل على تقدير تسليمها نقول ان ذلك ليس بحيث يمنع من شمول غيره لكونه خفياً اقصاه انه اظهر وقد تظهر دعوى الاجماع من المقنعة وستسمع عبارتها برمتها (وفي التذكرة) يجوز ان يقرض الزائد ثم يستقرض الآخر منه الناقص ثم يتباريان سواء شرط في اقراضه ما يفعله الآخر اولا خلافاً للشافعي فقد قصر الخلاف على الشافعي (فليتأمل) والمراد بفعل الآخر الاقراض والابراء وقد سمعت مافي (المبسوط والتذكرة والكتاب وكنز الفوائد والايضاح وجامع المقاصد) من الحكم بالجواز ماذا شرط فيه رهناً على دين آخر وان ظاهر التذكره دعوى الاجماع على ذلك والاستاذ قدس سره في الرسالة حكى عن بعض علماء زمانه دعوى عدم الخلاف الا من العامة في صحة جميع مامنع هو منه انتهى ويؤيد ذلك الاجماعات المستفيضة على صحة عقد البيع بشرط القرض والاقراض وقد صرح بعضهم بانهما من سنخ واحد كما يأتي نقله عن التنقيح وهو ظاهر المقنعة كما ستسمع كما هو ظاهر جميع من شرك بينهما في الادلة بل قد يقال ان الامام عليه السلام جعلهما من واد (سنخ خل) واحد كما في صحيح يعقوب بن شعيب عن ابي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الرجل يسلم في مبيع او تمر عشرين دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير اوعشرين دينارا قال لا يصلح اذا كان قرضا يجر نفعا فلا يصلح فتراه عليه السلام كيف نفى صلاحية البيع بشرط القرض لانه قرض يجر نفعا وقد ذكر جماعة هذا الخبر في دليل المانعين في المسئلتين ويأتي بيان الحال فيه عند التعرض للأخبار والشافعية لم يفرقوا بين المسئلتين وقالوا بفسادهما بل قضية استدلال الاستاذ على المنع فيما نحن فيه بأن الشرط في المعاملة جزء العوض أن المسئلتين من واد واحد وعلى ذلك تكون الاجماعات المتضافرة في تلك دليلا على هذه لكنا نحن قد نتأمل في كونهما من سنخ واحد وصرح بعضهم بأنهما مختلفان وهو ظاهر آخرين كما يأتي بيان ذلك كله والغرض أن ذلك لازم للاستاذ ومن صرح بالاتحاد أو ظهر منه ذلك وفي (النهاية والسرائر وجامع الشرائع) يجوز أن يقرض غيره مالاً على أن يعامله في التجارات وهذا باطلاقه يتناول ما كان بثمن المثل أوأزيد أو أنقص كما تقدم نحوه في عبارة الغنية وفي (التذكرة) القرض قابل للشروط السائغة فلو أقرضه شيئاً بشرط أن يقرضه مالاً صح ولم يلزمه ما شرط بل هو وعد وعده وكذا لو أقرضه بشرط أن يقترض منه أو يبيعه بثمن المثل أو بدونه أو يسلفه أو يستلف منه كما في (الكتاب وجامع المقاصد) وهو ظاهر الكاشاني في الوافي أو صريحه وحكى الشهيد عن السيد العميد القول باللزوم خلافا لما في التذكرة وان له الفسخ والرجوع في العين اذا تعذر الحاكم اما مع وجوده فله الزامه بما شرط لانه يجب الوفاء وفي موضع آخر من التذكرة لو كان له عليه دين فطالبه فسأله الصبر عليه الى وقت معلوم بشرط ان يشتري منه مايساوي مائة بثمانين جاز والمخالف المصنف في (التحرير) قال لو شرط في القرض ان يؤجره داره او يبيعه شيئاً أو يقرضه مرة اخرى جاز اما لو شرط ان يؤجره داره بأقل او يستأجر منه بأكثر فالوجه التحريم ومنع فيه ايضاً من اشتراط رهن او كفيل على قرض آخر كما سمعت وظاهر الشهيد في (الدروس) موافقته في ذلك على تأمل في ظهور

ذلك من الدروس وستسمع كلامه في المسئلة الآتية واستجود في حواشيه على القواعد المنع من اشتراط الضمين والكفيل على قرض ومنع مولانا المقدس الاردبيلي من اشتراط العارية لرواية محمد بن قيس ونقل في (كشف الرموز) عن بعض الاصحاب المنع من اشتراط المعاملة المحاباتية وتردده فيه وهو الذي يلوح من صاحب التنقيح كما انه قد يظهر من (المختلف وغاية المرام) موافقة الأستاذ قدس سره قال في (المختلف) في ذيل كلام له في مسئلة البيع بشرط القرض المتنازع فيه اباحة البيع بالمحاباة مع اشتراط القرض لا العكس ونقل هذا الكلام في غاية المرام ساكتا عليه اذ قد يقال ان أقصى ما في المختلف نفي كون ذلك محل نزاع بينه وبين أهل عصره فيحتمل أن يكون حكمه حكمه عنده ويكون بخلافه وأن يكون متردداً والانصاف ان هذا عدول عن الظاهر ونقل الاستاذ عن المحقق موافقته ولعله أشار الى قوله في الحيل الشرعية كل ذلك بغير شرط ونحن قد نوافقه في ذلك أي اشتراط الهبة كما ستسمعه في الكلام على صحيحة محمد بن قيس أو أشار الى قوله ولو شرط النفع حرم والسوق يعطي أنه مساق لغير هذا وستعرف أن المراد من النفع في كلامهم الزيادة في نفس مال القرض واشتراط النفع كذلك مما لا خلاف في حرمته كما سمعته فيما مضى عن الكفاية ثم ان هذه الكلمة قد وقعت لمن جوز اوتردد ثم ان الشهيد وصاحب التنقيح حكيا عن المحقق التردد في بعض تصانيفه فيما اذا جعل القرض شرطاً في البيع مع المحاباة كما ستسمع وقال صاحب (التنقيح) ان له كلاما واحتجاجا لا يحسن ذكره وقد عرفت أن ظاهره اي المقداد أن المسئلتين من سنخ واحد ويأتي تمام الكلام في حال هذه الكلمة ونقل الاستاذ عن أبي طالب الحسيني موافقته في رسالته الفارسية ولعلها كعبارة الشرايع ونحوها واستظهر من الاستبصار موافقته ولعله ظهر له مما ذيل به فيه خبر يعقوب بن شعيب ويأتي نقله وانه ليس من الظهور في شيء كما انه نسب الى (القواعد وجامع المقاصد) موافقته والموجود فيهما صريحا مخالفته كما رأيت وسمعت واقوى ما استند اليه من كلامهم اطلاقهم انه لو شرط الزيادة في القرض فسد ولو تبرع جاز وقولهم لو شرط النفع حرم ولم يفد الملك فقال ان فقهائنا رحمهم الله تعالى باجمعهم صرحوا بان القرض بشرط المنفعة حرام مطلقين للفظ غير مقيدين بما اذا لم تكن معاملته محاباتيه او غيرها كالعارية والهبة بل خصوا الحيلة بصورة التبرع واتفقت عباراتهم ولم تختلف مقالاتهم اصلا ورأسا (قلت) هذا هو الامر الثاني من الامرين الذين بنيت عليهما الرسالة وفي الاستناد الى هذا الاطلاق نظر من وجوه (الاول) انهم قد اتفقوا على اشتراط الرهن وقالوا لو شرط في الرهن انتفاع المرتهن به جاز وهو نفع جره القرض (الثاني) ان من ادعى موافقتهم له كالمصنف في التحرير والشهيد وغيرهما قد جوزوا القرض بشرط البيع بدون محابات بل الظاهر اطباقهم على ذلك كما عرفت وهذا نفع جره القرض (الثالث) ان الشيخ وجماعة كثيرين جوزوا اشتراط رهن على دين آخر بل قلنا ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه كما عرفت ذلك آنفا (الرابع) ان الشيخ والتقي والقاضي والحلبي والعماد جوزوا اشتراط اعطاء الصحيح بدل الغلة وسمعت ما زاده ابو الصلاح فابن اتفاق عباراتهم وعدم اختلاف مقالاتهم اصلا وأسا (الخامس) قد نقل الاجماع جماعة على جواز ان يقرضه بشرط ان يعطيه في بلدة اخرى وهذا نفع جره القرض في بعض الاحوال وعليه استمرة الطريقة في الاعصار والامصار وحصول النفع قد يكون من خوف الطريق اوزيادة في سعر اوكمال رغبة (السادس) ان الاجماعات السالفة مع تصريح جماعة بمعاقدها مقيدة لهذا الاطلاق (السابع) ان الاطلاق معارض باطلاق الاخبار المتضافرة ان خير القرض ماجر نفعا (الثامن) انه

موافق للعامة كما حكاه عنهم (في التذكرة) والرشد في خلافهم ولهذا احتمل جماعة في خبر يعقوب ابن شعيب المتضمن ان القرض اذا جر نفعا لا يصلح حمله على التقية وقد صرح جم غفير من اصحابنا بان الخبر المروي عنه صلى الله عليه وسلم المتضمن ان كل قرض جر نفعا فهو حرام من طرق العامة وليس من طرقنا والتتبع يشهد بذلك (التاسع) ان السياق في كلامهم وملاحظة اطرافه يدلان على ان المراد بالنفع هو الزيادة في نفس مال القرض لا ما كانت بسبب آخر خارج وان كانت زيادة بحسب الواقع كما قدم بيانه آنفا و بذلك جمعوا بين الاخبار كما في الحدائق (العاشر) ان هذا الاطلاق معارض بالاخبار المصرحة بجواز القرض بشرط المعاملة مع المحاباة كخبر اسحق بن عمار وخبر عبد الملك بن عتبه بل قد عقد في الوافي بابا سرد فيه شطرا صالحا من الاخبار المتضمنة لذلك (الحادي عشر) أن هذا الاطلاق معارض بالاجماعات المستفيضة على جواز البيع بشرط القرض بناء على ان المسئلتين من باب واحد (الثاني عشر) انه معارض بما لعله يظهر من دعوى الاجماع في (التذكرة) على جواز القرض بشرط الاقراض او الابراء وبما يظهر منها من دعوى الاجماع ايضاً على جواز اشتراط رهن على دين آخر كما قد عرفت أفبعد هذا كله يستند الى هذا الاطلاق ويدعي عليه الوفاق فقد تحصل ان النفع عندهم على ضربين حرام وحلال فالحرام ما كان في نفس مال القرض من زيادة في القدر أو الصفه على خلاف في بعض أقسام الصفة قد سمعته آنفاً وأما نحو ركوب الدابة فيدخل في الصفة والحلال ما كان بشرط خارج عن ذلك وبذلك تلتئم الكلمة ويجمع بين الاخبار كما ان الربا ربوان حرام وحلال فالحلال ما قاله الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى (وما آتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس) الآية قال هو هديتك الى الرجل تطلب منه الثواب افضل منها فذلك ربا يوكل ثم ان ماورد في علة تحريمه فهو لبيان الحكمة لا العلة والا لحرمة الحيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار ومن ذلك يعلم الحال فيما ذكره الاستاذ قدس سره من أن الحيل الشرعية انما تتحقق في موضوعات الاحكام لا فيها انفسها وانها هنا فيها نفسها لان النفع المحرم اعم من المعاملة المحاباتية عندهم (لانا نقول) على تقدير تسليم الحيلة هنا وان ذلك ليس امرا على حده قضت به الاصول والادلة انها هنا في الموضوع لمكان العقد الآخر كما هو الشان في الربا الحلال وقد ادعى الاستاذ قدس سره انه يظهر من المولى الاردبيلي عدم الخلاف فيما ادعاه هو وكذا من المفلح الصيمري ولقد تتبعت مجمع البرهان فما ظهر لي ذلك الظهور بل قد سمعت أنه في مجمع البرهان مال الى جواز اشتراط الزيادة في الصفة مطلقا فتجاوز مضمار الشيخ والقاضي والتقي والعماد واستدل بالاصل وعدم ظهور دخوله تحت الربا وعدم دليل آخر من اجماع وقال ان خبر العامة ليس بصحيح ومعارض بحسنة محمد بن مسلم المتضمنة ان خير القرض ما جر نفعاً وقال ان هذه الرواية ورواية العامة الى آخر ماتقدم نقله عنه آنفاً فكيف يرجى من صاحب هذا الكلام نفي الخلاف عما ادعاه الاستاذ مع شدة ما بينهما من الاختلاف نعم منع من اشتراط العارية لمكان الرواية كما عرفت آنفاً وما زاد الفاضل الصيمري في (غاية المرام) على نقل كلام العلامة في المختلف وقد سمعته آنفاً فكانت النسبة الى المصنف في المختلف أولى نعم أسهب وأطنب في ايضاح كلام المختلف وقال في موضع آخر منها لو عين الثمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان أقل من ثمن المثل ولو اشترط الرهن والكفيل لزم ولو اشترط على دين آخر جوزه العلامة في (القواعد) ومنعه في التحرير لما فيه من جر النفع انتهى (احتج) الاستاد قدس سره ومن نقل عنه المنع كاشف الرموز بخبر محمد بن قيس وهو أقعد مايستدل به لهم عن أبي

جعفر عليه السلام قال من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط الا مثلها فان جوزي بالاجود منها فليقبل ولا يأخذ أحد منكم ركوبة دابة أوعارية متاع من أجل قرض ورقه وجه الدلالة النهي عن كل شرط سوى شرط عوضه وأخذ مثله وحصر الشرط الجائز فيه فقط وقد أجيب عنه في (كشف الرموز والمختلف) باشتراك محمد بن قيس بين الثقة وغيره (قلت) الظاهر انه الثقة لانه روى عنه يوسف بن عقيل وقد قال النجاشي انه وعاصم ابن حميد يرويان عنه وقال النجاشي والمصنف في (الخلاصة) ان البجلي له كتاب ونقلا عن القميين ان ليوسف بن عقيل كتابا وقالا الظاهر ان الكتاب لمحمد بن قيس ولانه تلميذه وينقل عنه ولم ينقلا ولا غيرهما ان لمحمد بن قيس الضعيف الذي يروي أيضا عن أبي جعفر عليهم السلام كتابا وكذا الممدوح مع عدم ثبوت نقله عن الامام عليه السلام (وأجاب في المختلف) أيضاً بانها معارضة بقولهم عليهم السلام خير القرض ماجر نفعاً ولا يخفى عليك ان العلامة في المختلف انما تعرض للبيع بشرط الاقراض وقد استدل وعارض بما سمعت وهذا يؤيد ماقد قيل من تساوي المسئلتين (ونحن نقول) في الجواب (أولا) أنها معارضة بالاخبار الاخر التي يأتي نشرها وهي غير ماذكره في المختلف (وثانيا) بانها متروكة الظاهر على ما بيناه في وجه دلالتها من حصر الشرط الجائز في المثل وقد عرفت انعقاد الاجماعات على جواز اشتراط الرهن والكفيل والبيع بدون محاباة وغير ذلك (وثالثا) ان تعليق الحكم على الورق قد يشعر بجواز ذلك في غيره لالأنه مفهوم لقب فقط بل لمكان التعليق عليه وعدم حاجة الى ذكره لولم يرد النفي عما عداه لانه يمكن ان يقال لو اقرض قرضا او شيئا وانما يلغى مفهوم اللقب حيث لا يتأتى التعبير عن المراد الا به كما في قولنا زيد موجود ومحمد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولذلك كان معتبرا قطعا في عبارات الفقهاء وبه يثبت الوفاق والخلاف وعلى هذا يكون الخبر متروك الظاهر ايضا بالاجماع المنقول في (الخلاف وظاهر التذكرة) على انه لا فرق بين مال القرض ربويا كان اوغير ربوي في تحريم الزيادة مع الشرط بل الاجماع على ذلك معلوم (ورابعاً) بان قوله عليه السلام فان جوزي بالاجود فليقبل قرينة على أن المراد بقوله لايشترط الا مثلها انه لايجوز ان يقرضه بشرط ان يرد الصحيح عن المكسر ولا الجيد عن الردي ولا بشرط زيادة القدر كما هو في جملة الاخبار ستسمعها وقد عرفت ان هذا هو الذي فهمه الاكثر من الاخبار وجعلوه وجه الجمع بل قد وجدت بعض الاجلاء يستدل بالخبر المذكور على جواز البيع بشرط الاقراض ويتعجب من العلامة في المختلف كيف سكت عن الاستدلال به ثم ان صحة الخبر ليست بتلك المكانة من الوضوح فيرجح عليه ما هو اوضح منه صحة او كان معتضدا بشيء آخر واما ما اشتمل عليه من تحريم اشتراط العارية فقد نقول به وكذلك الهبة الغير المعوضة لأنها ليست معاملة محضة لكن تسميتها معاملة في عرفهم يوجب دخولها تحت عقدة اجماع الغنية الا ان نقول لافرق عرفا بين قوله بشرط ان تعطيني اوتهبني فليتأمل جيدا (واحتجوا) ايضاً بصحيح الحلبي قال سألته عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطي سودا وقد عرف أنها اثقل مما اخذ فتطيب نفسه ان يجعل له فضلا قال لابأس اذا لم يكن فيه شرط ولو وهبها له كان اصلح (وفيه) انه انما تضمن المنع عن زيادة القدر (فان قلت) عدوله عليه السلام عن قوله مالم يشترط الى قوله ما لم يكن فيه شرط ربما يدل على عموم الشرط بحيث يشمل المعاملة (قلت) هو مخصوص لمكان السياق والاخبار الاخر سلمنا لكن اقصاه انه دل بمفهومه على وجود البأس وهو ليس نصا في التحريم كما اشار اليه المولى الاردبيلي حيث قال ان غير خبر محمد بن قيس لا ينهض دليلا انتهى (وفيه) ان الظاهر من وجود البأس خصوصاً في باب الربا التحريم بل قد يقال

كما قال الشهيد ان كلمة لا بأس تفيد الكراهية فالمدار في الجواب على أنه مخصوص (واحتج) لهم في (كشف الرموز) بخبر يعقوب بن شعيب وهو صحيح قال سألته عليه السلام عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين دينارا ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين دينارا قال لا يصلح اذا كان قرضاً يجر نفعا قال وسألته عن الرجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرضه الدنانير فيقرضه ولولا انه يخالطه ويحاوفه ويصيب عليه غلته لم يقرضه فقال ان كان معروفا بينهما فلا بأس وان كان انما يقرضه من أجل انه يصيب عليه غلته فلا يصلح (قلت) كأن المراد من صدر الخبر في كلام السائل أن المشتري يعطي بصيغة السلم و بصيغة القرض ثم يأخذ من المقترض بالقرض بقدر مايأخذه بالسلم فالمراد بصاحب السلم البائع وعلى هذا فلا اشكال وان كان المراد أنه يبيعه بشرط أن يقرضه وقلنا ان قوله عليه السلام لا يصلح ظاهر في التحريم كان معارضاً بالاخبار الدالة على صحة اشتراط القرض في البيع والاجماعات المستفيضة وان كان المراد أنه يقرضه بشرط البيع بدون محاباة كان معارضا بالاجماع المعلوم وان كان مع المحاباة كان معارضا بالاجماعات المنقولة والاخبار المستفيضة الدالة على صحة ذلك البيع و بالاخبار الداله على أن خير القرض ما جر نفعا وقد احتمل صاحب الوافي حمله على التقيه كما جزم صاحب الحدائق وهو حسن بالنسبة الى ماعدى المعنى الاول والشيخ في (الاستبصار) احتمل الكراهية والحمل على الاشتراط كما سمعته فيما سلف والاحتمال الاول أعني الحمل على التقيه لايناسب المعنى الاول كما عرفت بل يناسب ماعداه والاحتمال الثاني يناسب الاول كما بينا فيما سلف فان كان المعنى الثاني أظهر تعين حمله على التقيه وكذلك الحال في المعنى الثالث والرابع وهما بعيدان فتعين أحد الاولين وعلى ارادة أولهما لاغبار عليه هذا كله ان قلنا لا يصلح ظاهر في التحريم والا فقد تأمل فيه من قد تأمل وعليه فيجيء كلام آخر (وأما) عجزه فهو ظاهر أو نص في غير المعاملة والكلام اعاهو فيها على انه معارض بمرسلة جميل الذي قال فيها ويصرفون الينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر ولنا في ذلك منفعة فقال لا بأس قال ولا أعلم الا قال لولا مايصرفون الينا من غلاتهم لم تقرضهم فقال لا بأس وهذا واضح الدلالة مروي في (الفقيه والتهذيب) هذا كله ان قلنا ان منطوق لا يصلح ومفهوم لا بأس ظاهران في التحريم وقد يستدل لهم بخبر أبي الربيع وهو محمول على التبرع كما أسمعناكه عند شرح قوله ولو تبرع المقترض وليس فيه دلالة لهم اصلاً ان لم يكن عليهم ومثله صحيحة يعقوب بن شعيب الاخرى التي هي مستند الشيخ في نهايته ومن وافقه في جواز اشتراط الجيد عوضا عن الردي وقد سمعتها عند شرح قوله وشرطه عدم الزيادة واستدل لهم كاشف الرموز بالاحتياط (وفيه) أنه ليس بدليل شرعي والاقدام على تحريم مالم يعلم تحريمه حرام لان احتمال الصحة قائم وهو مقدم على احتمال الفساد في المعاملات فالحكم بالبطلان يكون تهجما على منع المسلم من مال يحتمل أن يكون ملكه (فان قلت) ان احتمال الصحة غير قائم (قلنا) فلا وجه حينئذ للاحتياط وأما استناد الاستاذ قدس سره الى انهم في الحيل الشرعية صرحوا بأنه لا يجعل هبة الزائد شرطا وعللوه بان الشرط جزء العوض (ففيه) أن المصرح انما هو المحقق والشهيدان في (الشرائع والدروس واللمعة والروضة) ولا رابع لهم فيما أجد فكيف يعبر عن ذلك بما لعله يظهر منه ارادة الجميع وقد سلف لنا أنا قد نوافقه على ذلك لمكان العرف كما سمعت (حجة) القائلين بالجواز بعد الاجماعات التي قد سمعتها آنفا عموم الكتاب والاصل والاخبار المتضافرة بأن خير القرض ماجر نفعا كما في حسنة محمد بن مسلم أو صحيحته عن أبي عبد الله عليه السلام

حيث قال قلت ان من عندنا يرون أن كل قرض يجر نفعا فهد فاسد فقال أوليس خير القرض ماجر نفعا ومثله خبر محمد بن عبده ومرسلة بشر بن مسلمة المروية (في الكافي والتهذيب) بطريقين وخبره الآخر وهو صحيح على الصحيح في الحسن بن علي بن فضال الى غير ذلك من أخبار الباب وقد عقد له صاحب الوافي بابا واسعاً (وخبر) محمد بن اسحق بن عمار قال قلت لابي الحسن عليه السلام أن سلسبيل طلبت مني مائة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف درهم فأقرضها تسعين ألفا وأبيعها ثوبا أو شيئا تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم قال لا بأس (وفي رواية) أخرى لا باس اعطها مائة ألف درهم وبعها الثوب بعشرة آلاف درهم واكتب عليها كتابين والخبر صريح في المطلوب ومحمد بن اسحاق عند الاستاذ ثقة لم يثبت وقفه كما انه لم يثبت عنده ضعف علي بن حديد فيكون حجة عنده (وخبر) محمد بن اسحق أيضا عن الرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم ويؤخر عليه المال الى وقت قال لا بأس قد أمرني أبي عليه السلام ففعلت ذلك وزعم انه سأل أبا الحسن عليه السلام فقال له مثل ذلك (قلت) البيع انما جاء من القرض ولا تأثير للتأخير بل القرض وتأخيره سواء كما أشار اليه (في الدروس) وخبر عبد الملك بن عتبة وهو صحيح على الصحيح الا أنه مضمر وهو حجة عندنا والمسؤول إما الصادق أو الكاظم عليهما السلام قال سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك فيطلب مني مالاً أزيده على مالي الذي لي عليه أيستقيم أن أزيده مالاً وأبيعه لؤلؤة تساوي مائة درهم بألف درهم فأقول له أبيعك هذه اللؤلؤة بالف درهم على أن أؤخر ثمنها ومالي عليك كذا وكذا شهرا قال لا بأس وصحيح محمد ابن اسحق بن عمار على الصحيح قال قلت لابي الحسن عليه السلام يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا أربحك بها فابيعه جبه تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألف درهم وأؤخره بالمال قال لا بأس (ومثله) خبر مصدق بن صدقة وكذا مرسل يونس وخبر سليمان الديلمي عن رجل كتب الى العبد الصالح عليه السلام يسأله اني أعامل قوما أبيعهم الدقيق أربح عليهم في القفيز درهمين الى أجل معلوم وانهم يسألوني أن أعطيهم من نصف الدقيق دراهم فهل من حيلة لا أدخل في الحرام فكتب اليه أقرضهم الدراهم قرضا وازدد عليهم في نصف القفيز بقدر ما كنت تربح (وأما) خبر يونس الشيباني قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يبيع البيع والبائع يعلم أنه لا يسوى والمشتري يعلم أنه لا يسوى إلا أنه سيرجع فيه فيشتريه منه الى أن قال فقال لا تقربنه فليس مما نحن فيه على أنا نحمله على المتبايعين الذين لم يقصدا البيع ولم يوجباه في الحقيقة ومما يشهد على مانحن فيه ما قد يدل بظاهره على حصر الربا الحرام فيما اذا كان النفع مستندا الى نفس مال القرض فنه (مارواه) في الفقيه من قوله عليه السلام الربا ربوان ربا يؤكل الى أن قال والربا الذي لا يؤكل فهو أن يدفع الرجل الى الرجل عشرة دراهم على أن يرد عليه أكثر فهذا الذي نهى الله تعالى عنه ومثل ذلك بعينه ذكر في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهو حجة عند الاستاذ قدس الله تعالى روحه فأين يقع خبر محمد بن قيس على مافيه من هذه الاخبار المستفيضة المتعاضدة المعتضدة بما عرفت وقد عرفت أن قضية استدلال الاستاذ دام ظله بأن الشرط في المعاملة جزء العوض انه لا يجوز عنده البيع بشرط الاقراض أو القرض وقد عرفت أن جماعة جعلوا المسئلتين من واد واحد وأن الشافعية مخالفون لنا في المسئلتين لانهما عندهم على حد سواء فالواجب أن تتعرض الأخرى على

ولو قال أقرضتك بشرط ان أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع (متن)

سبيل الاجمال قال علم الهدى في (الانتصار) مما انفردت به الامامية جواز ابتياع الانسان من غيره متاعا أو غيره على أن يسلف البائع أو يقرضه مالا الى أجل أو يستقرض منه وأنكره باقي الفقهاء وحظروه وحجتنا بعد الاجماع دخوله في عمومات البيع وقد نص على ذلك كله المفيد في (المقنعة) بهذه العبارة مع زيادة أو يستسلف (يستلف خل) منه واقتصر على نسبة الخلاف الى أهل الخلاف وقال لسنا نعرف لهم حجة على الانكار وذلك لان البيع واقع على وجه حلال والسلف والقرض جائزان واشتراطهما في عقد البيع غير مفسد له بحال وقد سئل الباقر عليه السلام عن القرض يجر نفعاً فقال خير القرض ما جر نفعاً وهذا منه تنبيه على اتحاد المسئلتين وفي (المبسوط) نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وهو أن يبيع مثلا دارا على أن يقرضه المشتري ألف درهم وهذا عندنا مكروه وليس بمفسد للبيع وفي (غاية المراد) هذا عندنا سائغ وفي (الخلاف) الاجماع عليه وفي أربعة مواضع من التذكرة أنه يجوز عندنا ابتياع الانسان من غيره متاعا أو غيره بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر أو اجارة وفي (كشف الحق) ذهبت الامامية الى جواز بيع أشياء بشرط سائغ وأبو حنيفة والشافعي أبطلا ذلك وفي (كشف الرموز) لو كان البيع جار القرض فالعقد صحيح كما أفتى به الاصحاب و به أفتي وأجزم القول وقال أيضاً قد تواردت ألفاظ الاصحاب من الثلاثة وسلار وكثير من متابعيهم على انه لا بأس أن يبتاع الانسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك بالنقد والنسيئة و يشترط أن يسلفه شيئاً أو يستسلف (يستلف خل) منه في شيء أو يقرضه شيئاً معلوماً الى أجل معلوم أو يستقرض منه والبيع والوفاء به لازم وربما يدعى على هذه المسئلة الاجماع انتهى وفي (المختلف) المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناه الا من شذ انه يجوز بيع الشيء اليسير باضعاف قيمته بشرط أن يقرض البائع المشتري شيئاً لانهم نصوا على جواز بيع الانسان شيئاً و يشترط الاقراض والاجارة والسلف وغير ذلك من الشروط السائغة وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك قلت المتوقف شيخه المحقق نص عليه في (الدروس والتنقيح) كما عرفت وقال في (الدروس) لا وجه لتوقفه ثم احتج عليه في المختلف بخمسة وعشرين دليلا بعضها على سبيل الاحتجاج وبعضها على سبيل الالزام و بعضها لم يظهر لنا وجهه وادعى في (المختلف) في أثناء الاحتجاج اتفاق علماء الامامية على ذلك قال لانهم قالوا لا بأس ان يبتاع الانسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك الى آخر ما نقله عنهم في (كشف الرموز) وقد أسمعناكه ثم قال في (المختلف) واجماع الامامية حجة ثم نقل عبارة المقنعة برمتها وقال الشهيد في (قواعده) الشرط الذي لا ينافي العقد كشرط خياطة ثوب وقرض مال صحيح عندنا فهذه الاجماعات التي كادت تكون متواترة ان لم تكن دليلا على المسئلة الاولى لان كانت هذه من سنخ تلك كما سمعته عن جماعة فلا أقل من أن تكون شواهد وامارات تعتضد أدلة تلك بها و يستأنس بها لها ﴿قوله﴾ ﴿ ولو قال أقرضتك بشرط أن أقرضك غيره صح ولم يجب الوعد بخلاف البيع ﴾ لانه عقد لازم من الطرفين فما تضمنه من الشروط الصحيحة معتبرة في العوضين فيلزم بخلاف القرض فانه جائز من الطرفين أو من طرف المقترض وأعاد هذه المسئلة وقد تقدم ذكرها في قوله أو يقرضها لبيان عدم وجوب الشرط لانه وعد عليه لا له ورضاه ثابت معه و بدونه بطريق أولى فلا يفسد العقد ولا يلزم الشرط بل لو كان له كما اذا كان لمزمان نهب

ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره فان كان مثلياً يثبت في الذمة مثله كالذهب والفضة وزناً والحنطة والشعير كيلا ووزناً والخبز وزناً وعدداً للعرف وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة (متن)

أو غرق صح العقد كما عرفت آنفاً واحتمل المنع حينئذ في الدروس احتمالا ﴿قوله﴾ ﴿ ويصح قرض كل ما يضبط وصفه وقدره﴾ قد قرروا لما يصح قرضه ضابطاً وهو كل ما يضبط وصفه وقدره قالوا فهذا يجوز اقراضه فيجوز اقراض الذهب والفضة وزناً فيرد وزناً وعليه اقتصر الاكثر وقال في (التحرير) لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عدداً اشترط تعيين العدد ويرد عدداً ولم يتعرض للذهب والدنانير ولعله لوجود التفاوت الكثير لو أقرضت عدداً ويظهر من المصنف في الفرع الخامس انه لا يجوز اقراض الدراهم والدنانير بغير الوزن وقال في (الدروس) انما يصح القرض مع علم العين بالمشاهدة وبالاعتبار كيلا ووزناً وعدداً فيما شأنه ذلك فقد تدخل الدراهم في قوله عدداً اذا كان شأنها ذلك كما هو المتعارف في القروش في هذه الاوقات والاعصار ويجوز اقراض الحنطة والشعير كيلا ووزناً وكذا سائر الحبوب والتمر والزبيب لكن يشترط في اقراض الموزون كيلا عدم الاختلاف المؤدي الى الجهالة كما اذا كان قطعاً كباراً تتجافى في المكيال ونحو ذلك فلو اقترض المقدر جزافاً غير معتبر لم يفد الملك ولم يجز التصرف فيه وان اعتبره بعد ذلك وان تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه ولا طريق الى التخلص منه الا بالصلح وسيأتي في كلام المصنف ما اذا قدره بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس وانه لم يصح لتعذر المثل ويأتي كلام من تأمل فيه اذا كان ذلك محفوظاً وسيأتي الخلاف في بعض الموارد التي لا يصح السلم فيها لعدم انضباطها بالوصف ﴿قوله﴾ ﴿فان كان مثلياً ثبت في الذمة مثله﴾ يجوز اقراض المثل اجماعاً كما في (التذكرة والدروس وغاية المرام) ويثبت مثله في الذمة اجماعاً كما في (الغنية والتذكرة وغاية المرام وظاهره المسالك والمفاتيح) وألحق به جماعة كثيرون العين المستقرضة منهم المصنف في (التذكرة) وما يأتي من الكتاب والشهيد والمقداد وغيرهم ﴿قوله﴾ ﴿ كالذهب والفضة وزناً والحنطة والشعير كيلا ووزناً ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك ﴿قوله﴾ ﴿والخبز وزناً وعدداً للعرف﴾ الجار متعلق بالعدد وجواز اقراضه وزناً مما لا خلاف فيه كما في (المسالك) وغيره واما جواز استقراضه عدداً ففي (المبسوط) يجوز استقراض الخبز ان شاء وزناً وان شاء عدداً لان احداً من المسلمين لم ينكره ومن انكر من الفقهاء فقد خالف الاجماع وفي (الخلاف والدروس وظاهر السرائر والتذكرة) الاجماع على جواز استقراض الخبز والسوق يدل على انه مسوق لهما اي الوزن والعدد وفي (جامع الشرائع) قد سبق الاجماع عليه الخلاف واجماع المختلف وغاية المرام نص على جوازه عدداً وظاهر المسالك الاجماع على ذلك وفي (الكفاية والمفاتيح) انه المشهور ولعل ذلك منهما لاشتراط الشهيد في الدروس في اقراضه عدداً عدم العلم بالتفاوت ونحوه ما في (التنقيح وايضاح النافع) ولعلهم ارادوا كما فهمه جماعة التفاوت الذي لا يتسامح به بل عبارة ايضاح النافع كادت تكون صريحة في ذلك والا فرواية الصباح بن سيابه واسحق بن عمار مصرحتان بالجواز مع التفاوت ومنجبرتان معتضدتان بما عرفت مضافاً الى اطلاق خبر غياث ومثله الجوز والبيض كما صرح به في (الميسية والمسالك والكفاية والمفاتيح والحدائق) وقد قال عليه السلام في خبر الصباح نحن نستقرض الجوز الستين والسبعين عدداً فيه الصغيرة والكبيرة ﴿قوله﴾ ﴿ وغير المثلي تثبت قيمته وقت القرض لا يوم المطالبة ﴾ اما جواز اقراض القيمي المعبر

عنه بغير المثلي الذي يمكن فيه السلف فقد حكى عليه الاجماع في (التذكرة والدروس وغاية المرام) وظاهر مجمع البرهان وقد يظهر من الغنية الاجماع عليه وفيما لا يضبطه الوصف قولان كما ستسمع وقد يظهر من الوسيلة ان لا قرض في غير المثلي واما ثبوت قيمته في الذمة فهو المشهور كما في (غاية المرام والمسالك والمفاتيح وفي (الكفاية) انه اشهر و به صرح في (المبسوط والغنية والسرائر) وغيرها وقد يظهر من الثاني الاجماع عليه لاختلاف الصفات فالقيمة أعدل وظاهر الخلاف انه يثبت مثله أيضاً وفي (الشرائع) لو قيل به أيضاً كان حسناً لانه أقرب الى الحقيقة وللخبرين عاميين واردين في مطلق الضمان أحدهما تضمن انه صلى الله عليه وسلم أخذ قصعة امرأة كسرت قصعة أخرى والثاني انه ضمن عائشة اناء حفصه وطعامها لما كسرته وقد عورضا بخبر آخر وارد في معتق الشقص ومع ذلك فهما حكاية حال فلعل الغريم رضي بذلك وتظهر الفائدة فيما اذا وجد مثله من كل الوجوه التي لها مدخل في القيمة ودفعه الغريم فعلى هذا القول يجب قبوله وعلى المشهور لا يجب وفيما اذا تغيرت اسعار القيمي فعلى المشهور يوم القبض وعلى القول الآخر يوم دفع العوض واختير في (التذكرة) ضمان المثل الصوري فيما يضبطه الوصف وهو ما يصح السلم فيه وضمان ماليس كذلك بالقيمة لخبرين عاميين احدهما انه صلى الله عليه وسلم استقرض بكرا فرد بازلا وانه استقرض بكراً فأمر برد مثله (وفيه) ان مطلق الدفع أعم من الوجوب ولا ريب في جوازه مع التراضي لانه زاده خيرا وما أمر به صلى الله عليه وسلم لم يقع اذ لم ينقل لان المنقول انه اقترض قرضا من رجل بكرة فقدمت عليه ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره فرجع أبو رافع وقال لم أجد الا جملا جبارا رباعيا فقال اعطه اياه ان خير الناس أحسنهم قضاء فلا يدل على تحقق البراءة بالبكرة بل يجوز كونه مشروطا بالتراضي وقد اتفقوا في باب الغصب على ضمان القيمي بالقيمة من دونه تأمل ولا خلاف وقد استوفينا الكلام في ذلك وأما ان المعتبر قيمته وقت القرض على تقدير اعتبار القيمة مطلقا أو على بعض الوجوه فهو المشهور كما في (غاية المرام) و به صرح في (جامع الشرائع وجامع المقاصد والمفاتيح) والمراد بالقرض هنا القبض والتسليم بناء على الغالب من اتصال القبض باللفظ الدال على القرض الذي هو الايجاب ولان القبض هو القبول بناء على الاكتفاء بالفعلي وهو الغالب في العادة فيكون القرض مستلزما للقبض عادة أو غالبا فتوافق عبارة الكتاب عبارة الدروس واللمعة والروضة حيث صرح فيها بوقت القبض وفي (الدروس) انه المشهور وهو معنى ما في السرائر من قوله وقت الاقباض وما في (التحرير) من قوله وقت الاقراض وما في (الشرائع والتبصرة والارشاد) من قولهما فيها وقت التسليم فليس هناك تعدد أقوال بالنسبة الى هذه العبارات كما صنع صاحب الكفاية وصاحب الرياض وقد فهم جماعة عدم التخالف بين عبارة الكتاب وعبارة الشرائع وقد سمعت ما حكيناه عن الصيمري في (غاية المرام) في شرح عبارة الشرائع وقد قال المحقق الثاني في شرح عبارة الكتاب اذا ثبت هذا فالواجب قيمته يوم القرض لانه وقت الثبوت في الذمة وهذا لا يتم الا أن يراد من القرض القبض والتسليم بالتقريب الذي ذكرناه وقيل الاعتبار بقيمته يوم التصرف بناء على انتقال الملك به كما سيأتي وأما عدم اعتبار قيمته يوم المطالبة فقد قال في (المسالك) ولا اعتبار بقيمته يوم المطالبة هنا قولا واحدا الا على القول بضمانه المثل ويتعذر فيعتبر يوم المطالبة كالمثل على أصح الاقوال و يأتي الكلام فيما اذا دفع المقترض العين في القيمي هل يجب القبول على المقرض أم لا

ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ويجوز اقتراض الجواري واللآلي لما قلناه من ضمان القيمة ويملك المقترض القرض بالقبض (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر المثل في المثلي وجبت القيمة يوم المطالبة ﴾ كما في (السرائر والتذكره وجامع المقاصد) لما ستسمعه عنه في الدراهم (ومجمع البرهان والمسالك والكفاية والمفاتيح) لأن الثابت انما هو المثل الى أن يطالبه ولعل المراد المطالبة مع التسليم فلو فرضنا أنه طالبه ولم يسلم اليه ثم اتفق وجوده فالظاهر انحصار الحق فيه لافي القيمة فلم يكن مافي المختلف من قوله والاجود يوم الدفع مخالفا لما في السرائر حتى يعد قولا آخر وقد اتفقوا في باب الغصب على وجوب قيمته يوم الاقباض والتسليم وقد استوفينا فيه هناك الكلام (وقيل) تجب قيمته وقت القرض وهذا نسب الى ابن ادريس فيما اذا تعذرت الدراهم نسبه اليه في الايضاح ولم أجد له في السرائر ذكرا كما في المسئلتين وكأنه اختاره في التحرير فيما اذا تعذرت الدراهم لسبق علم الله سبحانه وتعالى بتعذر المثل وقت الاداء وفي (جامع المقاصد) أن بهروايةصحيحة ثم ضعفه بأنه لامنافاة بين وجوب المثل وقت القرض طردا للقاعدة الاجماعية والانتقال الى القيمة وقت المطالبة ويأتي تمام الكلام في الفرع الخامس عشر (وقيل) وقت التعذر وهو خيرة التحرير ونسب الى الشيخ في النهاية والقاضي وابن ادريس في موضع من كتابه فيما اذا تعذرت الدراهم وهو خيرة الكتاب في ذلك كما يأتي ويظهر ذلك من الايضاح أيضا لأنه وقت الانتقال الى البدل الذي هو القيمة وضعف بأن تعذره بمجرده لا يوجب الانتقال الى القيمة لعدم وجوب الدفع حينئذ فيستصحب الواجب الى أن يجب دفعه بالمطالبة فحيث لم يوجد الآن ينتقل الى القيمة ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز اقراض الجواري ﴾ اجماعا كما في ظاهر (التذكرة والمسالك والكفاية) حيث قال في الاول عندنا كما يجوز اقراض العبيد ونفى الخلاف عن ذلك في الاخيرين وعن اقراض العبيد أيضا في الاخير وفي (المبسوط) لاأعرف نصالاصحابنا في جواز اقراض الجواري ولا في المنع والاصل جوازه وعموم الاخبار يقتضي جوازه ونحوه مافي الخلاف بتفاوت يسير ونص في (السرائر والشرائع) وغيرها مما تأخر عنهما على الجواز وان لم يجز السلف فيهالان ضبطها غير محتاج للاستغناء عنه بوجوب القيمة والمخالف بعض العامة في الجارية التي يحل وطئها ﴿ قوله ﴾ ﴿ واللآلي لما قلنا من ضمان القيمة ﴾ كما في (السرائر والتحرير والتذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمسالك) واليه مال في الشرائع حيث قال ينبغي الجواز ومال اليه أيضاً المقدس الاردبيلي وعدم الجواز خيرة المبسوط وجامع الشرائع وظاهر الارشاد وفي (الدروس) فيه قولان وفي (الكفاية) فيه وجهان وعلى القول بالجواز هل يعتبر في صحة القرض العلم بقيمته عنده لينضبط حالة العقد فان ذلك بمنزلة تقدير مايقدر بالكيل والوزن أم يكفي في جوازه مشاهدته على حد مايعتبر في جواز بيعه ويبقى اعتبار القيمة بعد ذلك أمر وراء الصحة على المقترض معرفتها مراعاة لبراءة ذمته اطلاق كلام الاصحاب كما في (المسالك) يدل على الثاني وللأول وجه وجيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويملك المقترض القرض بالقبض ﴾ هذا هو المشهور كما في (غاية المرام والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان) بل في الاخير انه المعقول وفي (المسالك) ان كثيرا منهم لم يذكر فيه خلافا بل فيه أيضاً انه لايكاد يتحقق فيه خلاف وفي (الرياض) ان عليه عامة من تأخر وظاهر (الغنية والسرائر) وموضعين من التذكرة الاجماع عليه وبه صرح في (المبسوط والخلاف)

والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة) وسائر ما تأخر وكل من قال ان المقرض ليس له الرجوع في العين فهو قائل بانه يملك بالقبض فكانت الكلمة متفقة على ذلك وفي (الخلاف والمبسوط والغنية والشرائع والدروس) وغيرها انه لا يملك بالتصرف لانه فرع الملك فلا يكون مشروطا به بل قال في الغنية انه لا خلاف في جواز التصرف بعد قبضه ولو لم يكن مملوكا لما جاز ذلك فيه واستدل عليه في (الخلاف) بانه اذا ملك جارية جاز التصرف فيها فلو لم يملكه لم يجز له التصرف فيه فما نسب اليه من القول بانه انما يملك بالتصرف لم يصادف محله ويرشد اليه ان الشهيد في (الدروس) نسب المشهور الى الشيخ والقول بالتصرف الى القيل ثم قال في (الخلاف) في مسئلة أخرى بعد مسئلتنا التي نص فيها على انه يملك بالقبض لا بالتصرف قال يجوز للمستقرض أن يرد مال القرض بلا خلاف وأما المقرض فعندنا ان له الرجوع فيه ولاصحاب الشافعي فيه قولان أحدهما مثل ماقلناه ومنهم من قال ان قلنا يملك بالقبض فليس له الرجوع وان قلنا يملك بالتصرف فليس له الرجوع بعد التصرف دليلنا انه عين ماله فكان له الرجوع فيه لان المنع يحتاج الى دليل انتهى وليس في هذا ظهور ولا اشعار في انه انما يملك بالتصرف كما ستعرفه عند بيان الثمرة وقد وقع مثله في (المبسوط) قال بعد تصريحه بما نقلناه عنه ويجوز للمقرض أن يرجع فيه كما ان له أن يرجع في الهبة مع ان أحدا لم ينسب اليه الخلاف غير صاحب التنقيح فانه نسبه اليه ولم ينسبه الى الخلاف (والحاصل) ان هذا القول لم نجده لاحد من طائفتنا وانما نسب في الخلاف والتذكرة الى الشافعية في أحد قوليها ولهذا نفى الخلاف عما عليه الاصحاب في (الغنية والسرائر) وغيرهما كما عرفت وان كان فهو شاذ نادر ولهذا أهمل الاكثر ذكره فلا معنى لما في الرياض من نسبة القول بالملك بالقبض الى الاشهر فلا أقل من أن يقول انه المشهور كما في (المسالك) وغيرها كما عرفت وان كان في النفس منه شيء أيضا ويبقى الكلام في هذا التصرف هل هو المسبوق بالعقد أو غيره فان كان الاول كما هو ظاهر كلام الحاكين له وكلام بعض الشافعية المحكي عنه فان كان كاشفا عن سبق الملك من حين القبض كما هو الظاهر مما حكاه في الدروس عن هذا القائل قال انه يجعل التصرف كاشفا عن سبق الملك مطلقا عاد النزاع لفظيا من حيث ان النماء حينئذ للمقترض على القولين وان قلنا انه كاشف عن سبق الملك قبله بلا فصل او ناقل قبل التصرف بلحظة كما في العبد المأمور بعتقه عن الآمر غير المالك كان النزاع معنويا لكن انما صرنا الى ذلك في العبد المأمور بعتقه لمكان الضرورة ولا ضرورة هنا ولذلك ترك المحقق الثاني هذا التأويل وقال في العبد المذكور انه ثبت ملكه بالدليل وما نعرف وقته ولا موجبه ولا يضر ذلك وان كان المراد بالتصرف المعنى الثاني اي غير المسبوق بالعقد فلا مانع من حصول الملك به حينئذ لانه حينئذ معاطاة في القرض كالمعاطات في البيع وعلى ذلك استمرت الطريقة فيكفي حينئذ في جواز التصرف اذن المالك وليس تابعا للملك ولا متوقفا عليه كما حررناه في بيع المعاطاة بما لا مزيد عليه و بذلك ينقدح دليل المشهور كما ستعرف وعلى كل حال فيحتمل ان يكون المراد بالتصرف التصرف المتلف للعين او الناقل للملك أو يراد به مطلق التصرف كما حكي عن الشهيد في بعض تحقيقاته او يراد التصرف المستدعي للملك كالتزويج والاجارة وطحن الطعام وقد حكى في (التذكرة) الوجوه الثلثة عن بعض الشافعية ولم يرجح شيئا وعلى بعضها يعود النزاع لفظيا (اذا عرفت) هذا فاعلم ان اطلاق كلام أكثر الاصحاب ملكه بالقبض منزل لمكان ذكرهم العقد في أول الباب على ما اذا كان بعد العقد كما هو الشأن في الصرف

والهبة وهو صريح (التحرير والتذكرة والمختلف والدروس وايضاح النافع) لكن قد عرفت في أول الباب ان أكثر العبارات قدخلت عن التعرض لذكر العقد بالكلية فينبغي ملاحظة كلام من أطلق ولم يتعرض لذكر العقد الا أن تقول انه مأخوذ في ماهية القرض بالتوجيه الذي ذكرناه في أول الباب ويظهر من (الوسيلة) انه يملك بالعقد قال ملكه بنفس القرض الآن تقول أراد بالقرض القبض والتسليم كما مر مثله في كلام المصنف ولعله نظر ان أبقي على ظاهره الى أنه عقد تمليك صدر من أهله في محله من غير مانع مع قصد التمليك فينبغي أن يترتب عليه أثره ولا يحتاج الى القبض وحده لكنه باعراض الاصحاب عنه تمكن أصل عدم الانتقال منه وبذلك يظهر عدم الملك بالقبض وحده من دون عقد قبله وقد يستدل على حصول الملك به وحده باستمرار الطريقة واطلاق بعض الفتاوى والصحيحة مضافا الى عدم الاقتصار على صيغة مخصوصة وعدم نقل ذلك وعدم وقوعه في الزمن الاول كما قيل وعدم اعتبار القبول القولي عند جماعة فان هذه شواهد على ان مراد من اشترط الايجاب والقبول انما هو التمييز بينه وبين العطية ولما كان هذا التمييز لا يتأتى بدون لفظ يدل عليه من الموجب اشترطوا الايجاب القولي بأي لفظ يدل على المطلوب ولم يشترطوا بعد القبض أزيد من ذلك فليتأمل في ذلك كله وقد احتج على انه يملك بالقبض لا بالتصرف بعد الاجماعات التي سمعتها بان التصرف فرع الملك فيمتنع كونه شرطا فيه والادار كما صرح بذلك جماعة وأشير اليه في (المبسوط والخلاف والغنيه والشرائع) وغيرها كما عرفت وقال في (المسالك) فيه نظر واضح لمنع تبعية التصرف للملك مطلقا وتوقفه عليه فيكفي في جواز التصرف اذن المالك فيه ورده في (مجمع البرهان) أولا بان الاذن انما حصل من المالك بأن يكون مالكا وعليه العوض لا مطلقا كما في سائر المعاوضات فانها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بان الاذن قد حصل وثانيا بانه يشكل بجميع التصرفات لان الوطئ مثلا لا يمكن الا بالملك أو التحليل ومعلوم عدم الثاني فاذا لم يكن الاول لم يجز وكذا البيع ونحوه فانه لا يجوز لغير ماله الا مالو كالة أو فضولا ومعلوم انتفائهما انتهى وهذا انما يتم مع سبق العقد واعتقاد انه انما شرع للتمليك مع حصول القبض لا للتمييز والا فلقائل ان الاذن سبب تام في جواز التصرف وناقص في افادة الملك وبالتصرف يحصل تمام سبب الملك فان كان غير ناقل واكتفينا به فالامر واضح وان كان ناقلا أو وطئا أفاد الملك الضمني قبل التصرف بلحظة يسيرة لمكان الضرورة واستقامة الطريقة يكتب الرجل لاخيه أو يرسل اليه رسولا أقرضني كذا وكذا فيرسل اليه ماأراد أو دونه ولا صيغة ولا عقد ولا أقل من أن يكون كالمعاطاة في البيع في جارية كانت أو غيرها فليلحظ ذلك وقد قالوا فيما يقع بين الناس من الهدية من غير لفظ يدل على الايجاب والقبول يحتمل افادته الملك والاباحة وقد احتمل في (الدروس) عدم اشتراط الايجاب والقبول في الهدية ويلوح ذلك من التذكرة وبه حكم في التحرير واستحسنه بعضهم وقال بعضهم انه يجوز وطئ الجارية التي أرسلت هدية ومارية القبطية كانت من الهدايا وأم زيد أهداها المختار لزين العابدين عليه السلام وقد احتمل في (المسالك والكفاية) فيما نحن فيه جواز الوطئ على القولين وفيه زيادة على ما تقول وفي (الدروس) انه ليس عقدا محققا ولهذا اغتفر فيه ما في الصرف بل هو راجع الى الاذن في الاتلاف المضمون والاتلاف يحصل بازالة الملك أو العين فهو كالمعاطاة انتهى فليتأمل في ذلك ولابد من مراجعة ماذكرناه في أول هذا الباب وقد استدل بعض متأخري المتأخرين على المشهور بصحيحة زراره قال قلت لابي جعفر عليه السلام رجل دفع الى رجل مالا قرضا على من زكاته على

فليس للمقرض ارتجاعه بل للمقترض دفع المثل مع وجود الاصل فلو اقترض من ينعتق عليه انعتق بالقبض (متن)

المقرض أو على المقترض قال لا بل زكوتها ان كانت موضوعة عنده حولا على المقترض قال قلت فليس على المقرض زكوتها قال لايزكى المال من وجهين في عام واحد وليس على الدافع شيء لانه ليس في يده انما المال في يد الآخذ فمن كان المال في يده زكاه قال قلت أفيزكي مال غيره من ماله قال انه ماله مادام في يده وليس ذلك المال لاحد غيره ثم قال يازراره أرأيت وضيعة ذلك المال أو ربحه لمن هو وعلى من هو قلت للمقترض قال فله الفضل وعليه النقصان وله أن ينكح ويلبس منه ويأكل وهذا الخبر صريح في حصول الملك بدون التصرف الناقل أو المتلف أو المستدعي للملك لكنه ظاهر في حصول الملك بمجرد القبض من دون توقف على عقد سابق الا أن تدعي انه مأخوذ في ماهية كما سلف فتأمل قيل وقد يقرب منه الموثق عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر انما كانت عليك قرضا قال المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة فتأمل في وجه دلالته فقد تحصل ان هنا أمورا خمسة يمكن حصول ملك المال المقترض بها وهي اما القرض أي العقد وحده واما هو مع القبض بعده أو القبض فقط أو التصرف بدون القرض أو معه فالاول مما لاريب في عدم حصوله به كما انه لا ريب في عدم توقفه على الخامس لانه لا ريب في حصول الملك بالثاني وانما الاشكال في الثالث والخامس فليتأمل فيهما جيدا وليلحظ ما ذكرنا في معنى القرض في أول الباب وما في (مجمع البرهان) من أن صاحب المسالك نقل عن الدروس أن لاخلاف في عدم الملك بالتصرف فمبني على جعله كاشفا كما حكاه في (الدروس) عن القائل به كما عرفت ويحتمل وجها آخر وثمرة القولين على تقدير وجود القائل بالتصرف تظهر في الزكوة كما أشير اليه في الخبر وفي النماء وغيره كما أشرنا اليه في أول الباب ويأتي تمام الكلام قريبا ﴿قوله﴾ ﴿فليس للمقرض ارجاعه﴾ كما في (السرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والميسية والمسالك والروضة والكفاية والرياض) ونسبه في الدروس الى الفاضل فكأنه متامل فيه وفي (الكفاية) انه أشهر وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الرياض) نسبه الى الاكثر وقال ان عليه عامة من تأخر وقال أيضا ربما يستشعر من كثير من العبارات الاجماع عليه وهذه يكذبها الوجدان وقد تبع بذلك صاحب المسالك لكنه انما استشعر ذلك من عبارة الكتاب فقط وستعرف انه وهم والمخالف الشيخ في (الخلاف والمبسوط) فقد جوز فيهما أن للمقرض ارتجاعه وظاهر الاول الاجماع عليه حيث قال عندنا مع التصريح فيهما بأنه يملكه بالقبض وفي (السرائر) ليس على ما قاله دليل ولا دل عليه شيء يرتضى وفي (التحرير) أنه ضعيف (حجة المشهور) ان فائدة الملك أن لايتسلط عليه غيره والثابت بالعقد والقبض للمقرض انما هو البدل فيستصحب الحكم الى أن يثبت المزيل وليس هناك سوى دعوى الاجماع في (المسالك) على جواز العقد وهي مع فتوى الاكثر بعدم جواز الرجوع في العين موهونة وقد سمعت انكاره في السرائر على الشيخ الدليل ولو كان جائزا من الطرفين عنده لما اتجه ذلك له (فتأمل) والمصرح بجوازه من الطرفين الشهيدان (في الدروس والمسالك) والفاضل الميسي وهو ظاهر الشيخ في (المبسوط والخلاف) ولا تغفل عما في السرائر وستسمع أن ليس مراد

الشهيدين بالجواز الجواز بالمعنى المتعارف وان اختلفا في تنزيله(شرطه خ ل)وفي(التحرير)انه عقد لازم من جهة المقرض جائز من جهة المقترض على معنى أن للمقترض رد العين والمثل ولو طلب المقرض العين لم يجبر المقترض على دفعها وتظهر الفائدة فيما اذا أقرضه عينا قيمية فعلى القول بجوازه من طرف المقترض أنه يجوز للمقترض ردها بعينها ويجبر المقرض على قبولها وأما في المثلي فلا تظهر فائدة عند التأمل الصادق وكلام جامع المقاصد محتمل الجواز من الطرفين أو من طرف المقترض وقد يستند في كونه جائزا الى عدم انحصار ايجابه في لفظ واكتفاء جماعة فيه بالقبول الفعلي وذلك شأن العقود الجائزة(وفيه) ان الرهن لازم من طرف الراهن ولا ينحصر ايجابه في لفظ فليتأمل ثم انا نقول الظاهر ان مراد القائل بجوازه عدم امهال المقترض الى قضاء الوطر من العين وان كان قضية العرف ذلك فيجوز لكل منهما الرجوع في الجميع أو البعض في المجلس وغيره كما صرح به في (الدروس) ويكون الغرض من ذلك الرد على مالك حيث قال ليس للمقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضي المستقرض وطره منه أو يمضي زمان يتسع لذلك ومافي (المسالك) من أن المراد بالجواز تسلط المقرض على أخذ البدل اذا طالب به متى شاء وانهم اذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحة في الاصطلاح وان كان مغايرا لغيره من العقود من هذا الوجه فان كان أراد ماذكراه والا ففيه ان جواز أخذ البدل كان مقتضى القرض والقبض وحاصلا قبل الفسخ وليس ذلك أثره بل ذلك حاصل لو كان عقدا لازما وهذا بعيد عن معنى الفسخ اذ هو ابطال أثره الشرعي فاذا لم تخرج العين الموجودة عن ملكه لم يكن العقد مفسوخا وليس النزاع في أمر اصطلحوا عليه حتى انهم يسامحون فيه ولا يشاحون عليه بل في ترتب الاثر الشرعي كما هو ظاهر ومثله في الوهن مافي (مجمع البرهان) من انه ليس ببعيد أن يكون النزاع فيما قبل الفسخ يعني اذا تحقق العقد مع الشرط وحصل الملك الناقل فمع عدم طريان الفسخ عليه بالتقايل من الجانبين أو من جانب واحد هل يجوز الرجوع في العين مع كراهية المقترض أم لا اذ فيه أن النزاع حينئذ قليل الفائدة اذ للمقرض أن يفسخه ويأخذ ماله بل المطالبة به فسخ وللمقترض الفسخ واعطاء العين فليس للمقرض عدم القبول مع احتمال حصول الفسخ بمجرد رد العين من دون احتياج الى عبارة (واحتج) في (المبسوط) على جواز الرجوع بأنه كالهبة قال له أن يرجع فيه كما له أن يرجع في الهبة ونحوه مافي (الخلاف) من أنه عين ماله فله أن يرجع فيه وهو كما عرفت مبني ومتفرع على تملك المقترض وظاهر في كونه عقدا جائزا وغاية الامر انه لم يفصله فحمل في (المسالك) كلامه على غير ظاهره وما أجاب عنه بابداء الفرق بينه و بين الهبة بالعوض وعدمه أو بالدليل وعدمه ولم تكن حجة الشيخ المساواة بينه و بينها بل كونه عقدا جائزا واكتفى عن ذلك بالمثال ثم ان هناك فرقا آخر بينه وبين الهبة وهو أن الملك فيها لا يستقر الا بالتصرف وفي القرض يستقر بالقبض ثم قال في (المسالك) ويمكن تعليله بالاتفاق على أن القرض عقد جائز ومن شأنه أن من اختار فسخه رجع الى عين ماله وقال هذا وجه حسن لم ينبهوا عليه وقد عرفت أن الشيخ نبه عليه لكنه لم يفصله فلم يكن أتى بغير ماأتى به الشيخ الا أن تقول انه في (المسالك) فهم من الشيخ ماأشار اليه في (السرائر) حيث لم يفهم منه أن العقد عنده جائز والا لما صح له ان يقول في رده انه لادليل عليه الى آخره فليتأمل جيدا ثم انه في المسالك قال ان الحكم في المسئلة مبني على الخلاف السابق فان قلنا ان المقترض لا يملك الا بالتصرف بأي معنى اعتبرناه فللمقرض الرجوع في العين قبله لأنها ملكه وان قلنا انه يملك بالقبض فهل يمكن القول بذلك ظاهر (القواعد) العدم لانه جعل

ولو شرط الأجل في القرض لم يلزم (متن) .

هذه المسئلة مفرعة على تلك بالفاء ويظهر من المصنف يعني المحقق ان الخلاف في هذه المسئلة جار وان قلنا يملك بالقبض وهذا هو الظاهر انتهى (وفيه) ان اقصى ما في عبارة الكتاب انه فرع عدم الارتجاع على القول بالملك وذلك لايدل على انه لايمكن القول بخلافه حتى لا يكون فيه خلاف مع مايراه من خلاف الشيخ في كتابيه ومع ماشاهده من شيخه المحقق من ظهور جريان الخلاف في عباراته على القول بالملك وها هو ذا في التذكرة فرع كالكتاب ثم نقل كلام الشيخ واحتجاجه عن الشافعي واجاب عنه بما ذكره في المسالك فليلحظ ذلك ومما ذكر يعرف حال ما فرعه المصنف من ان المقرض دفع المثل مع وجود الاصل اذ هو ظاهر على المشهور وكذلك لو استقرض من ينعتق عليه فانه ينعتق عليه بالقبض عندنا كما في (التذكرة) ومن قال بالملك بالتصرف ينعتق عنده بالتصرف وتظهر الثمرة أيضاً في النماء قبل التصرف وقد قلنا بقيام الاحتمالين على القول بالكشف وفي نفقته لو كان حيوانا وقد اوضحنا ذلك كله فيما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط الاجل في القرض لم يلزم ﴾ هذا هو المشهور كما في (الكفاية) والظاهر انه مجمع عليه كما في (مجمع البرهان) ولا خلاف فيه يعرف الا ممن ندر من بعض من تأخر كما في (الرياض) وقال فيه ربما أشعرت عبارة الشرائع وغيرها بالاجماع وهو الحجة انتهى فتأمل فيه وموضع الاشعار من الشرائع قوله ان الرواية مهجورة وهو خيرة السرائر في ظاهرها وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة والتنقيح وغاية المرام والروضة ومجمع البرهان على تامل ضعيف له فيه ويمكن تعميم عبارة الارشاد بحيث تشمله كما احتمله المقدس الأردبيلي للأصل مع عدم الموجب معتضدا بما يظهر من دعوى الاجماع من جماعة وقد استدلوا عليه بجواز اصله المستلزم لجواز شرطه وقد عرفت من قبل الحال في جواز الاصل وما أريد بهذا الجواز وان الاصح ان المراد به عدم لزوم الأجل الذي اقتضاه العقد بحسب العرف وذلك لايدل الا على عدم لزومه بمجرد العقد وهو لاينافي لزومه مع الشرط وقد يستدل عليه أيضا بأنه مستحب بالاجماع والكتاب والسنة والاستحباب لايتعلق بايقاع الصيغة بل بمدلولها وما هو الا التاخير المطالبة الى قضاء الوطر واستحباب التأخير وهو عين معنى الجواز وفيه كما بينه في (الرياض) انا نقول ان الاستحباب انما تعلق باجراء الصيغة لا بخصوص مدلولها وان كان هو الوجه في تعلقه باجرائها فكان مفاد الادلة انه يستحب القرض وايجاد سببه ولا ينافيه وجوب المسبب بعده كما هو الشان في التجارة فقد تضافرت الادلة باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات اسبابها سلمنا لكن ذلك انما يتجه بالنسبة الى نفس العقد وانه بمجرده لايقتضي وجوب التأخير بل غايته الاستحباب كما يستفاده من ادلة استحبابه ولا كلام فيه للاجماع على جواز العقد المستلزم لعدم وجوب التأخير فيه ولكنه لاينافي لزومه بسبب آخر غير نفس العقد المجرد وهو العقد المركب من الشرط لعموم مادل على لزوم الوفاء بالشرط كما لو أوقع عقد البيع حالا فانه لايقتضي وجوب التأخير في احد العوضين الى أجل ولا كذلك لو اوقعه موجلا فقد يكون عقد القرض بنفسه لا يفيد لزوم أجل ومع شرطه يفيد لزومه فلا منافاة بين جواز اجل القرض نظرا الى نفس العقد ولزومه باشتراطه فيه لتغاير السببين كما لو اشترط أجله في عقد آخر لازم كما ستسمعه عن الاكثر فالاستدلال بذلك على المطلوب غير متوجه وقد يفرق بين القرض والبيع بعدم دلالة عقده على اجل بخلاف القرض لدلالته عليه بحسب العرف

لكن يصح ان يجعل اجله شرطاً في عقد لازم فيلزم (متن)

كما مر فاذا لم يجب الوفاء به مع دلالة العقد الذي هو الاصل في لزوم الوفاء به و بالشرط الحاصل في ضمنه عليه فعدم وجوب الوفاء به اذا دل عليه الشرط أولى فيتم الاستدلال فليتأمل جيدا (هذا) والمخالف في المسئلة المحدث الكاشاني في ظاهر المفاتيح فانه يظهر منه فيه القول بلزوم العقد المشترط فيه التأجيل ولزوم الأجل وكانه ميل اليه في (المسالك والكفاية) و به قطع صاحب (الحدائق) وقد سمعت ماحكيناه عن (مجمع البرهان) واستدلوا عليه بعمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط ومضمرة الحسين ابن سعيد قال سألته عن رجل أقرض رجلا دراهم الى أجل مسمى ثم مات أيحل مال القرض بعد موت المستقرض منه أم لورثته من الأجل ماللمستقرض في حياته فقال اذا مات فقد حل مال القارض والتقريب فيها من تقريره عليه السلام ان الأجل لازم في القرض مطلقا بل ظاهرها كون ذلك في عقد القرض ومن مفهوم الشرط الذي هو حجة وماعساه يقال يمنع ظهورها في المطلوب اذ أقصى ما هناك الدلالة على صحة الأجل لا اللزوم الذي هو المفروض (ففيه) ان لفظة يحل ظاهرة في عدم استحقاق المطالبة قبل انقضاء المدة المضروبة حال حيوة المستقرض (واستدل في الحدائق) بقوله جل شأنه (اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) قال وهي شاملة للسلم والنسيئة والقرض (و بما روي) في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام من أقرض قرضا ولم يرد عليه عند انقضاء الأجل كان له من الثواب في كل يوم صدقة دينار (و بالخبر) المروي عن ثواب الاعمال من أقرض وضرب له أجلا الحديث وأيده المولى المقدس الاردبيلي بما دل على وجوب الوفاء بالوعد من العقل والنقل قال الا أن عدم العلم بالقول به يمنع عن ذلك والا كان القول به جيدا (وفيه) مع عدم القائل به واطباق الاصحاب على خلافه على الدائم كما عرفت أن غاية الادلة المذكورة ماعدى المضمرة صحة التأجيل واست محل نزاع وثمرتها جواز تأخير الدفع الى الاجل ووجوبه بعده وذلك غير لزومه الذي هو عبارة عن وجوب التأخير اليه الذي هو محل النزاع وضعف دلالة الآية الشريفة من وجه آخر وهو اختصاصها بالدين وهو غير القرض كما تقدم بيانه مضافا الى أن الخبرين قاصران من جهة السند ولا جابر لهما في المقام وأما المضمر ففي (الشرائع) انها مهجورة وقد حملت على الاستحباب ومثل مانحن فيه ما اذا شرط في عقد القرض تأجيل مال حال سواء كان القرض أم غيره اذ الحكم فيهما واحد كما هو ظاهر كلامهم وقد صرح بذلك في (الميسية والمسالك)

﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن يصح أن يجعل أجله شرطا في عقد لازم فيلزم ﴾ كما في (التذكرة والدروس والتنقيح وغاية المرام وايضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان) بل في الاخير يمكن عدم الخلاف فيه وكأنه في الدروس متردد حيث قال قال الفاضل يلزم تبعا للازم و يشكل بان الشرط في اللازم يجعله جائزا فكيف ينعكس وفي رواية الحسين اشعار بذلك و يمكن حمله على الندب انتهى (حجة المشهور) عمومات الوفاء بالعقود والتزام الشروط مع عدم المانع المذكور هناك وان جزء العقد اللازم لازم وقال في (جامع المقاصد) ان الشهيد أورد اشكالا في المقام حاصله انه ان أريد بلزومه توقف العقد المشروط فيه عليه فسلم لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما اذ العقود المشروط فيها شروط لاتقتضي لزومها بل فائدتها تسلط من تعلق غرضه بها على الفسخ بالاخلال بها وان أريد لزوم ذلك الشرط في نفسه بمعنى انه لا سبيل الى الاخلال به لم يطرد الا ان يفرق بين اشتراط ماسيقع وماهو واقع ويجعل

وكذا لايلزم لو اجل الحال بزيادة فيه ولا يثبت الزيادة وله تعجيل المؤجل بأسقاط بعضه مع التراضي (متن)

التأجيل من قبيل الواقع فيتم (ويمكن الجواب) بان المراد بكون الشرط لازما وجوب الوفاء به كما وجب الوفاء بالعقد اللازم لانه من جملة مقتضياته وتسلط من تعلق غرضه به على الفسخ بدونه لاينافي هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر فيكون الشرط والعقد لازمين من طرف المشترط ومن طرف من تعلق به غرضه يكون لازما مع الاتيان بالشرط لابدونه وهذا معنى واضح صحيح نعم ماسبق من اشتراط العتق في العبد المبيع اذا أخل به المشتري يسلط البائع على الفسخ وليس لهاجبار المشتري مناف لهذا وان كان المختار أن له الاجبار فلا منافاة وما ذكروه من الفرق بين الشرط الذي سيفعل وغيره أيضاً متجه فلا يبعد أن يقال اذا شرط الحال في عقد لازم كان كما لوشرطه في العوض الواقع في ذلك العقد فيلزم بهذا الاشتراط وهذا هو المفهوم من اطلاق الاصحاب تأجيل الحال في عقد لازم وليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلاني انتهى وقد تقدم الكلام في المقام في أول باب النقد والنسيئة وفي الفصل الثالث في الشرط عند شرح قوله ولو أخل المشتري بالرهن والكفيل وقد استوفينا الكلام في البابين ورجحنا انه يلزم وان امتنع يجبره الحاكم فان تعذر تسلط على الفسخ لمكان الاجماعات والعمومات الى غير ذلك مما ذكرناه في باب النقد والنسيئة و بينا ان هذا الشرط هل يلزم من الجانبين أو من جانب واحد والاصريد المشترط ونفع الشرط له وانه لوشرط توكيله في عقد لازم ثم عزله هل ينعزل أم لا وقلنا ان ذلك كله اذالم يكن لغيرهما مدخل في الشرط وأما معه فلامثل شرط العتق و بينا الحال فيه بما لامزيد عليه ومثال مانحن فيه أن تقول بعتك الدار مثلابكذا وشرطت عليك أن يكون قرضك أودينك الفلاني موجلا الى سنة فيقبل المشتري ومثله في (التذكرة) بما اذا قال بعتك هذا بشرط أن تصبر بالدين كذا واشترى على هذا الشرط الى آخره وفيه تأمل لانه يشبه أن يكون تعليقاً ﴿قوله﴾ ﴿ وكذا لايلزم لوأجل الحال ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد والدروس والميسيه والمسالك والكفاية) وفي الاخير انه المشهور بين الاصحاب ومثاله أن يعبر صاحب الدين بعبارة تدل عليه من دون ذكره في عقد كأن يقول أجلتك في هذا الدين مدة كذا اذ ليس ذلك بعقد يجب الوفاء به بل هو وعد يستحب الوفاء به ولا فرق بين أن يكون مهرا أو غيره كما في (النافع) وخالف بعض العامة حيث ذهب الى ثبوت التأجيل في ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع دون القرض و بدل المتلف وذهب آخرون منهم الى ثبوته في الجميع ومنه يعلم الحال فيما لو أجل الحال بزيادة فيه كما نبه عليه المصنف ونص عليه في (المبسوط) بل لايصح بذلها ولا أخذها ﴿قوله﴾ ﴿ ولا تثبت الزيادة فيه ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر)وغيرها ولا يصح أخذها لو بذلت بمجرد جعلها في مقابلة التأجيل ﴿ قوله ﴾ ﴿وله تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي ﴾ كما (في السرائر والشرائع والتبصرة والتحرير) وغيرها و يدل عليه ما رواه الكليني والشيخ في (الكافي والتهذيب) عن أبان بن تغلب في الصحيح عمن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الأجل عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحل ذلك لواحد منهما منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته كما ستسمع وكما يعتبر

(فروع الاول) لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض ولو قال ملكتك واطلق ولم يوجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة فان اختلفا احتمل تقديم قول الواهب لانه ابصر بنيته (متن)

التراضي في اسقاط البعض يعتبر في تعجيله بغير اسقاط لان الأجل أيضا حق لهما لتعلق غرض كل منهما به فان التعجيل قد لا يرضى به صاحب الحق لحصول ضرر بالقبض لخوف ونحوه و بالنسبة الى الآخر واضح لكن اسقاط الاجل يكفي فيه مجرد الرضا أما اسقاط بعض الحق فيحتمل كونه كذلك كما يقتضيه ظاهر اطلاقهم ويكون الرضا بالبعض قائماً مقام الابراء فانه كما يظهر من تضاعيف كلامهم في مواضع متفرقة انه لا يختص بلفظ وفي (كتاب الجنايات) يقع بلفظ العقود ونحوه فيكون هذا منه ويحتمل قويا توقف البراءة على لفظ يدل عليه صريحا كالبراءة والاسقاط والعفو أو الصلح لا لمطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى أن يتحقق المزيل شرعا وفي (الكفاية) هل يكفي الرضا في الاسقاط أو تتوقف البراءة على لفظ فيه وجهان وقال وكذا يصح تعجيل بعضه بزيادة في أجل الباقي لا تأخيره بزيادة فيه ومستند المجموع صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت) روى الحلبي في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال سئل عن الرجل يكون عليه الدين الى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول أنقدني كذا وكذا وأضع عنك بقيته أو يقول أنقدني بعضه وأمد لك في الأجل فيما بقي عليك قال لا أرى به بأسا الحديث وتمام الكلام في باب الر[با] ﴿ قوله ﴾ ﴿فروع الاول لو قال ملكتك وعليك رد عوضه فهو قرض﴾ قد سبقت هذه المسئلة وانما أعادها ليبني عليها ما بعدها ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو قال ملكتك وأطلق ولم توجد قرينة دالة على القرض كسبق الوعد به فهو هبة﴾ كما في (التذكرة وجامع المقاصد) وفي (التحرير ونحوه في الكتاب) انه فيه مطرايه [illegible] كذلك ومن استعمال هذه اللفظة في الهبة وغيرها ولا دلالة للعام على الخاص وهو كما ترى لان قوله ملكتك اذا تجرد عن ذكر رد العوض وهو المعني بالاطلاق كان حقيقة في الهبة ومجازا في القرض لانه جزء مفهومه وجزئه الآخر رد العوض وقيد بعدم وجود القرينة لانه مع وجودها يجب حمل اللفظ على مقتضاها لان القرائن تصرف اللفظ عن ظاهره الى غيره فيكون معها قرضا و بدونها هبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا احتمل تقديم قول الواهب لانه ابصر بنيته ﴾ والاصل عصمة ماله وعدم التبرع و وجوب الرد على الاخذ بقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي وهو خيرة (التحرير والتذكرة) ومحل الاختلاف ما اذا قال ملكتك وأطلق واختلفا في القصد (وفيه) انك قد عرفت أن لفظ التمليك المجرد عن رد العوض حقيقة في الهبة ومجاز في القرض فلا يصار اليه الا بقرينة والفرض انتفاؤها على الظاهر من عبارة الكتاب ودعوى خلاف الظاهر والحقيقة في سائر العقود لا التفات اليها والقصد وان كان معتبرا الا أن الظاهر في الالفاظ الصريحة اقترانها بالقصد فيحمل الاقرار عليه وقد أجمعوا كما في المسالك على انه لو ادعى عدم القصد الى البيع ونحوه مع تصريحه بلفظه لم يلتفت اليه (ومما ذكر) يعرف حال باقي الادلة فان اصالة العصمة قد انقطعت بما وقع من اللفظ الصريح ومثله القول في الخبر و به مع وجود السبب الناقل للملك شرعا الرافع للضمان يخرج موضع النزاع عن ذلك فهي انما يستدل بها عند عدم وجود ما يصلح سببا ناقلا شرعيا لا معه نعم لو شهدت قرينة كسبق الوعد بالقرض واختلفا حينئذ في القصد قدم قول الدافع

وتقديم قول المتهب قضية للظاهر من ان التمليك من غير عوض هبه (الثاني) لو رد المقترض
العين في المثلي وجب القبول وان رخصت وكذا غير المثلي على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه
القيمة (الثالث) للمقرض مطالبة المقترض حالا بالجميع وان اقرضه تفاريق ولو اقرضه جملة
فدفع اليه تفاريق وجب القبول (متن)

بيمينه عملا بالقرينة وكأن المسئلة مفروضة عند المصنف في (التذكرة والتحرير)
من هذا القبيل وأما لو اختلفا في ذكر البدل فانه يقدم قول المقترض أي المتهب لاصالة عدم الذكر
كما في (التذكرة وجامع المقاصد) وهذا غير مذكور في عبارة الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿وتقديم المتهب
قضية للظاهر من ان التمليك من غير عوض هبة﴾ الوجه فيه ظاهر مالم تشهد القرينة بالقرض كسبق
الوعد به ﴿ قوله ﴾ ﴿لو رد المقترض العين في المثلي وجب القبول وان رخصت﴾ كما في (التذكرة
والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان) لان الواجب أمر كلي في الذمة والعين أحد
افراده والتعيين الى من عليه الحق وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف في جواز اعطاء العين في المثلي
ووجوب قبولها ومعنى رخصت بضم العين نقصت قيمتها السوقيه عما كانت مع بقاء العين بحالها
﴿ قوله ﴾ ﴿وكذا غير المثلي على اشكال منشاؤه ايجاب قرضه القيمة﴾ والوجه الآخر من الاشكال
مساواة المدفوع للمأخوذ وان القيمة انما اعتبرت لتعذر المثل ونحوه مافي (التذكرة والتحرير) في عدم
الترجيح واختير عدم وجوب القبول في(الايضاح والتنقيح وجامع المقاصد) لان الواجب في قرض القيمي
هو القيمة وقت القرض كما أشار اليه المصنف هنا فاذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول
مشروطا بالتراضي وكون انما اعتبرت لتعذر المثل اولا غير معلوم ثم ان الكلام في الثابت في الذمة الآن
لا فيما كان حقه الثبوت وقد عدل عن ثبوته بدليل نعم لو كان الواجب المثل ومع التعذر القيمة تم ذلك
واختير وجوبه في (الخلاف والدروس والمسالك ومجمع البرهان) وقد نظهر ذلك من المبسوط وفي
(الدروس) ان في الخلاف الاجماع عليه وفي (الخلاف) يجوز للمقترض أن يرد مال القرض على القارض بلا
خلاف انتهى فتأمل ويأتي في الامثلة مايشهد بذلك وفي(مجمع البرهان) انه يفهم عرفا انه اذا أعطى العين
يجب القبول ولا يطلب غيره الا مع التغيير المنقص للقيمة وقال أيضا ان العرف والتبادر من العوض
والتسامح فيه من جانب المقرض دليل وجوب القبول وان كون الواجب هو القيمة محمول على تقدير
عدم اعطاء العين كما في المثلي فانه يجب المثل على تقدير عدم اعطاء العين وفي(الدروس) أيضا يحتمل وجوب
قبولها ان تساوت القيمة أو زادت وقت الرد وان نقصت فلا وسيأتي في الفرع الرابع من كلام المصنف
ماهو كالصريح في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ للمقرض مطالبة المقترض حالا بالجميع وان أقرضه تفاريق﴾
كما في (التحرير والدروس وجامع المقاصد) والوجه فيه واضح لان الجميع حال فله المطالبة به وكذلك الحال
في العكس كما لو أقرضه جملة فان له المطالبة بها تفاريق وحالا في عبارة الكتاب مخفف والمراد بقوله وان
أقرضه تفاريق انه أقرضه الجملة في دفعات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقرضه جملة فدفع اليه تفاريق وجب
القبول ﴾ كما في (الدروس وجامع المقاصد) لانه حق له استحق أخذه وليس كالمبيع والثمن يجب تسليم
جميعه نظرا الى اتحاد الصفقة فليس له فيما نحن فيه الامتناع من أخذه الى أن يسلمه الجميع اذ لا صفقة

(الرابع) لو اقترض جارية كان له وطئها وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا ولو حملت صارت ام ولد يجب دفع قيمتها فان دفعها جاهلا لحلها ثم ظهر استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال ويدفع قيمتها يوم القبض لا يوم الاسترداد (الخامس) لو اقرضه دراهم او دنانير غير معروفة الوزن اوقبة من طعام غير معلومة الكيل او قدرها بمكيال معين او صنجة معينة غير معروفتين عند الناس لم يصح لتعذر رد المثل (متن)

هنا ويطالب بالباقي في الحال ولا يجب على المقرض التأخير وان قل الزمان الامع الاعسار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استقرض جارية كان له وطئها ﴾ كما في (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وفي الاول التقييد بعد الاستبراء ان وجب ولا ريب ان المراد بعد القبض كما قيد بذلك في (التذكرة والدروس) وفي (المسالك والكفاية) كان له وطئها بمجرد القبض وان أوقفناه على التصرف لم يحل بمجرد القبض ومن بعض العامة ان الملك بالقرض سبب ضعيف فلا يحل به الوطئ فيشبه عارية الجواري للوطئ وهو منفي عنه وقد قيل انه من قبيل الهذيانات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وردها اذا لم تنقص على المالك مجانا ﴾ كما في (الدروس) وظاهرها ان له ذلك كذلك وان لم يرض المقرض وهو متجه على مختار الدروس من ان الاصح وجوب قبول العين في القيمي اذا لم تنقص أو مطلقا والمصنف استشكل في ذلك وقد يكون رجع عنه الا أن يكون المراد جواز الرد اذا رضي المالك لكنه حينئذ لا يحتاج الى التقييد بعدم النقص ولعله لذلك لم يذكره في (التذكرة) وأما الرد مجانا حيث يجب القبول حيث لا نقص فلانه صادف ملكا فلا عوض عليه فيه وأما مع النقص أو الحمل من غيره فان اتفقا على الارش فذاك كما في (الدروس) ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حملت صارت أم ولد يجب دفع قيمتها ﴾ كما في (التذكرة والدروس) والوجه فيه ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان دفعها جاهلا بحملها استردها وفي الرجوع بمنافعها اشكال ﴾ أما الاول فظاهر وأما الرجوع بمنافعها فقد استشكل فيه في (التذكرة والايضاح) كالكتاب من ان اباحة المنافع بغير عوض معلول للدفع المعلل لانتفاء جميع أنواعه كالعارية ونحوها الا هذا وقد انتفى وانتفاء العلة يقتضي انتفاء المعلول ومن اذنه للمقرض في استيفاء المنافع بغير عوض لانه المعرل والاول أقوى كما في حواشي الكتاب وأقرب كما في (الدروس) ولا يخلو عن قوة كما في (جامع المقاصد) لما ذكر ولعموم قوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤدي ولانه قد تبين أن يد المقرض بغير حق فتكون يد عدوان اذ لا واسطة بينهما غاية ما في الباب ان ذلك لم يكن معلوما بحسب الظاهر فاذا علم ترتب عليه أثره وقد سبق في المبيع بيعا فاسدا انه يستحق الرجوع بمنافعه وهذا نظيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويدفع قيمتها يوم القرض لا يوم الاسترداد ﴾ كما في (التذكرة والدروس) أما الاول فقد تقدم بيانه فيما سلف وأما الثاني وهو عدم اعتبار قيمة يوم الاسترداد فلظهور فساد الدفع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقرضه دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن أو قبة من طعام غير معلومة الكيل أو قدرها بمكيال معين أو صنجة معينة غير معروفين عند الناس لم يصح لتعذر المثل ﴾ كما صرح بذلك كله في (التذكرة) وصرح في (التحرير) بعدم الصحة في المكيال والصنجة المعينين الغير المعروفين عند الناس وقضية كلام الكتاب والتذكرة انه لا يصح اقراض الدراهم والدنانير عددا كما هو المتعارف في هذه الاعصار فيما هو مضروب بسكة

(السادس) ينصرف اطلاق القرض الى اداء المثل في مكانه فلو شرط القضاء في بلد اخر جاز سواء كان في حمله مؤنة اولا ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد او فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض (متن)

السلطان من الفضة والذهب كما أشرنا الى ذلك عندشرح قوله ويصح قرض كل مايضبط وصفه وأما عدم الصحة في المكيال والصنجه المذكورين في الكتاب وان فرض حفظهما الان شرط صحة القرض العلم بالقدر وانما يتحقق بكون المكيال عاما وكذا الوزن وهما مع كونهما في معرض التلف فلا يبقى الى العلم بالقدر طريق لايخرج المقدر بهما عن الجهالة ولو ادعى المالك العلم لم يقبل منه الا بالبينة ولو ادعى الغريم العلم قبل قوله مع اليمين لانه غارم وقد قيل عليه ان تعذر رد المثل مع حفظ المكيال والصنجه غير واضح فكان عليه أن يعلل بغير ذلك وأجيب بامكان ارادة كونه بمعرض التلف فيكون الشأن فيهما تعذر رد المثل باعتبار تلفهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ينصرف اطلاق القرض الى أداء المثل في مكانه﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لانه موضع الوجوب اذا القرض على طريق الحلول واستظهر في (جامع المقاصد) أنه لو أحل بسبب لازم فموضع الرد مكان الحلول ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو شرط القضاء في بلد أخر جاز سواء كان في حمله مؤنة أولا ﴾ للاخبار والاجماع المحكي في (الخلاف) والظاهر من التذكرة وعموم قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن تكون المصلحة في جانب المقرض أم المقترض اذ الممنوع منه الزيادة في مال القرض عيناً أو وصفاً وليس هذا من ذلك كما مر بيانه ويبقى الكلام في ان ذلك يلزم أم لا بل يجوز لكل منهما المخالفة والذي يقتضيه النظر أنه لا يجوز للمقرض المخالفة والمطالبة في غير بلد الشرط لان العقد لازم من طرفه كما عرفت فيما سلف ويلزمه ما شرطه أو شرط عليه وليس ذلك من التأجيل في شيء وان رجع اليه بالآخرة ولا فرق في ذلك بين أن يكون للمقترض مصلحة في ذلك أم لا أو يكون عليه ضرر أم لا وانه يجوز للمقترض المخالفة والدفع متى شاء لعدم لزومه من طرفه فيجب على المقرض قبوله وان كان عليه في ذلك ضرر لانه أقدم على ذلك وقد قيل مثل ذلك في السلم وستسمع كلام الاصحاب وما اختاره المصنف لكن يرد على التحقيق أنه قد مر ان المراد باللزوم من طرف المقرض انه لايجوز له المطالبة بالعين لانه لايجوز له المطالبة بالبدل فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو طالبه المقرض من غير شرط في غير البلد أو فيه مع شرط غيره وجب الدفع مع مصلحة المقترض﴾ وقال في (التذكرة) وجب الدفع ولم يتعرض للمصلحة وقد يكون مستشكلا في التذكرة بناء على عود الاشكال في آخر كلامه الى الجميع وقال في (الدروس) في المسئلتين لم يجب الدفع وان كان الصلاح للدافع واختاره فيهما في (جامع المقاصد) وجوب الدفع مالم تختلف قيمة المثلي وتكون قيمة مكان المطالبة أكثر فانه لا يجب الدفع حينئذ للضرر الا أن يرضى المقرض بقيمة موضع القرض جمعا بين الحقين وقدسلف في أول الباب فيما اذا التجئ المديون الى الحرم انه اختار في (المختلف) وجوب الدفع وقت المطالبة كالغصب وستسمع له كلاما آخر والوجه فيما اختاره المصنف من وجوب الدفع اذا طالبه في بلد القرض وقد شرط الاداء في غيره وكان للدافع مصلحة ان القرض حال والشرط لايصيره مؤجلا ولا معنى لاطراح الشرط بالكلية فيجب أداء ماله عند المطالبة حيث لا مانع

ولو دفع في غير بلد الاطلاق او الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض (السابع) لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه امانه جاز ولم يجب القبول اما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول (الثامن) لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفا فأن كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع (متن)

يمنع شرعا وليس الا الضرر وقد فرض عدمه فالمراد بقوله مع مصلحة المقترض عدم ضرر على المقترض لان مصلحة المقترض قد تكون في عدم الدفع وان لم يكن ثم ضرر وبذلك يجمع بين الحقين وأما عدم وجوب الدفع اذا لم يكن له مصلحة فلانه ضرر لم يقتضه عقد القرض ولم يلزمه فلا يجب عليه الالتزام به لظاهر لاضرر ولاضرار وكذلك الحال فيما اذا طالبه بمال القرض في غير بلد القرض والحال انه لم يشترط أدائه في غير بلد القرض اذ الحكم في المسئلتين من واد واحد وفي (المبسوط والتحرير) لو أقرضه في بلد ثم طالبه في بلد أخر لم يجب عليه حمله الى بلد المطالبة ولا يجبر على دفعه لان قيمته تختلف ولو طالبه بالقيمة لزم وقد حكى ذلك عن القاضي أيضاً في المختلف وقال انه غير جيد ثم قرب ان القرض كالغصب يجب فيه دفع المثل وقت المطالبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو دفع في غير بلد الاطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحة المقرض﴾ استشكل في (التذكرة) ولم يتعرض للمصلحة ونفى في (الدروس) وجوب القبول وان كان الصلاح للقابض وفي (التحرير) لو تبرع المستقرض بدفع المال وامتنع المقرض كان له ذلك وان لم يكن في حمله مؤنة وحاصل ما أراد المصنف ان الحق لما كان حالا وكان لبلد الاطلاق وبلد الشرط علامة بوجوب الدفع فيه جمعنا بين الامرين بانه ان كان على المقرض ضرر كالاحتياج الى حمله حيث كان ذا مؤنة او الخوف من النهب ونحوه لم يجب القبول والاوجب وينبغي ابدال اشتراط المصلحة بعدم الضرر كما مر وقد سمعت ما اقتضاه النظر في المقامين ثم اني وجدت بعض الفضلاء ينقله عن بعض المحققين لكنك قد عرفت ما فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو اقترض نصف دينار فدفع دينارا صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه امانة جاز ولم يجب القبول ﴾ كما في (المبسوط وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس) لان الشركة عيب والالتزام بالوديعة تكليف فلا بد من المراضاة فاذا تراضيا كان بينهما نصفين ولكل منهما ان يتصرف بنصفه مشاعا وان اتفقا على كسره جاز وان اختلفا لم يجبر الممتنع وان اتفقا على ان يكون نصفه قضاء ونصفه قرضا اوثمنا لمبيع كان جائزا وكان له التصرف في جميع الدينار وقد فرض المسئلة في (المبسوط والتذكرة) في نصف دينار مكسور وهو ظاهر التحرير وكلام الدروس مطلق بحيث يشمل النصف المضروب على حده وكذلك الحال فيما لو اقترض نصف عبد فدفع اليه عبدا تاماً كما في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو كان له نصف آخر فدفعه عنهما وجب القبول ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لان المجموع مستحق له عنده وهذا ظاهر متجه فيما اذا كان النصفان فراصة كما هو مفروض في (التذكرة) في خصوص الفرض اما لو كان مصرو بين على حده فقد يقال انه لايجب عليه القبول لانه غير الحق وفي مفروض (التذكره) ايماء الى ذلك وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو دفع ما اقترضه ثمنا عن سلعة اشتراها من المقرض فخرج الثمن زيوفاً فان كان المقرض عالما وكان الشراء بالعين صح البيع ﴾

وعلى المقترض رد مثل الزيوف وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما وللمشتري احتساب ما دفعه ثمناً عن القرض ولولم يكن عالما وكان الشراء بالعين كان له فسخ البيع (التاسع) لو قال المقرض اذا مت فأنت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراءاً باطلا لتعلقه على الشرط (العاشر) لو اقترض ذمي من مثله خمرا ثم اسلم احدهما سقط القرض (متن)

كما في (التذكرة والتحرير والدروس) قال في (جامع المقاصد) لانه قد رضي بكون المدفوع ثمنا وان كان خلاف مايطلب بحسب الظاهر لان ضرر ذلك مع الجهل عليه وقد اندفع بعلمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى المقترض رد مثل الزيوف ﴾ لان القرض صحيح وان كان انما أخذها على انها خالصة لانه انما اقترض هذا المعين ظانا انه خالص فخرج على خلاف ماظن وذلك لاينافي صحة القرض نعم لو شرط في عقد القرض كونها خالصة فخرجت زيوفا كان منافياً كما هو الشان فيما لو اشترى المعيب او بالمعيب من الجنس فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان في الذمة طالبة بالثمن سليما وللمشتري احتساب مادفعه ثمنا عن القرض ﴾ كما في (التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) اما الاول فلان البيع انما جرى على نقد مخصوص غير معين بالمدفوع فينصرف اطلاقه الى الخالص فلا يصلح دفعه ثمنا لعدم المطابقة واما الثاني فلانه حق له في يد البايع وله عليه مثله بالقرض فيسوغ له احتسابه عنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولولم يكن عالما وكان الشراء بالزيوف كان له فسخ البيع ﴾ كما في (التذكرة والدروس) وفي (جامع المقاصد) انه يشكل بان الثمن المعين اذا خرج من غير الجنس بطل البيع ولو خرج بعضه بطل في ذلك البعض وانت خبير بان الظاهر ان المراد ان المعيب كان من الجنس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال المقرض اذا مت فانت في حل كان وصية ولو قال ان مت كان ابراء باطلا لتعلقه على الشرط ﴾ كما في (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد) ووافق في (الدروس) في الاول دون الثاني حيث نسبه الى القيل وقال الاقرب العمل بقصده فان المدلول محتمل في العبارتين وفي وصايا الكتاب وتصح مطلقة مثل ان مت فثلثي للمساكين ومقيدة مثل ان مت في مرضي هذا اوفي سفري هذا اوسنتي هذه او بلدي فثلثي للمساكين ووافقه على ذلك في (جامع المقاصد) فقد خالفا هناك ما هنا الا أن نقول الابراء غير الوصية لانه يعتبر فيه الجزم دونها وفي (حواشي التبهيد وجامع المقاصد) ان الفرق بين ان واذا ان اذا ظرف في الاصل وان عرض لها معنى الشرط فكأنه قال وقت موتي انت في حل وذلك مجزوم به غير مشكوك فيه فلا تعليق فيه فيصح وان حرف وضع للشرط فاذا قال ان مت كان مقتضيا الشك في كونه ابراء لان مقتضى تعلق الموت بكلمة ان الشك في حصوله ومتى كان المعلق عليه مشكوكا فيه فالمعلق بطريق أولى ولا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا به لان الاعتبار في الجزم وعدمه بالصيغة الواقعة ابراء فمتى لم تكن واقعة على جهة الجزم لم تكن صحيحة نعم قد استثنى بعضهم ما اذا كان المعلق عليه واقعا والمعلق او الموكل او الواقف او البايع عالما بوقوعه كقوله ابرئت ذمتك ان كان اليوم الجمعة اختار ذلك الشهيد في باب الوقف وكأن المحقق الثاني وافقه عليه وفيه تأمل نعم قد استثنى ما اذا كان الشرط مكملا كقوله ان كان هـذا مالي فقد بعته اوهذه زوجتي فهي طالق وزاد في الحواشي في الفرق بين ان واذا ان الشارع في انشاء الوصايا وضع اذا الا ان ومع نقل الشارع لابحث والكلام في الثبوت ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو اقترض ذمي من مثله خمرا ثم اسلما او اسلم احدهما سقط القرض ﴾ كما في (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد)

ولو كان خنزيرا فالقيمة (الحادي عشر) لو دفع المديون اعواضاً على التفاريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع لا وقت المحاسبة وان كان مثلياً (متن)

لانه لا يجب على المسلم اداء الخمر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال فلا يجوز للمسلم المطالبة به لكنه قال بعد ذلك في (الدروس) الا قرب لزوم القيمة باسلام الغريم وقد تقدم في باب السلم فيما اذا اسلم كافر الى كافر في خمر فاسلم احدهما قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم والمشتري اخذ دراهمه وهو خيرة المصنف (وجامع المقاصد) والسقوط لا الى بدل والقيمة عند مستحليه ويأتي للمصنف في باب الكفالة فيما اذا كان لذمي خمر على ذمي وكفله آخر مثله واسلم احد الغريمين ان يبرأ الغريم (الجميع خ ل) على اشكال والمحقق الثاني قال ان اسلم صاحب الحق بطلت الكفالة وحصلت البرائة وان اسلم من عليه الحق بقيت الكفالة فقد اختلف كلامه في الابواب الثلثة فليرجع الى الكفالة من اراد الوقوف على ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ ولو كان خنزيرا فالقيمة ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) وكذلك الحال في آلة اللهو وعلى القول بضمان المثل فكالاول ﴿قوله﴾ ﴿ لو دفع المديون اعواضا على التفاريق من غير جنس الدين قضاء ثم تغيرت الاسعار كان له سعر يوم الدفع ﴾ اي القبض او الاقباض اجماعا كما في (المسالك والمفاتيح) وفي (الكفاية والرياض والحدائق) نفي الخلاف عنه واليه اشير في النهاية في موضع منها والسرائر وبه صرح في النهاية ايضا في موضع آخر والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والتبصرة وجامع المقاصد وايضاح النافع والميسية والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها لان جعل المدفوع قضاء يقتضي كونه من جنس الدين فلما لم يكن عند الدفع الذي هو وقت القضاء من جنسه فلا بد من احتسابه على وجه يصير من الجنس وذلك باعتبار قيمته يومئذ سواء كان مثليًا او قيميا كما نبه عليه المصنف بقوله وان كان مثلياً ولا فرق في الدين بين ان يكون سلما ام غيره ولا في المدفوع بين كونه عروضا اوغيرها كما صرح به جماعة وهو ظاهر آخرين واستظهر جماعة كالميسي والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي والخراساني والكاشاني وهو قضية كلام الباقين ان هذه الاعراض تدخل في ملك الغريم بمجرد القبض وان لم يحصل المساعرة قلت وقضية ذلك انه يسقط بازائها من الدين بسعرها ذلك اليوم لانها لم تنتقل اليه مجانا وانما انتقلت عوضاً فلا بد من سقوط عوضها وذلك ظاهر فيما اذا كان الدين احد النقدين والمدفوع من الاعراض واما اذا كان الدين حنطة والمدفوع قاتا فالظاهر انهما يحسبان بسعر (سعرخ ل) ذلك اليوم ويشكل فيما اذا كان له عليه دنانير فدفع اليه دراهم ثم انه تغير سعر الدنانير بالزيادة او النقصان فان موثقة اسحق بن عمار المروية في (الفقيه والتهذيب) قد تعطي في احد الوجهين انه يحاسبه على الدنانير بسعر اليوم الذي استقرضها فيه المستدين وستسمعه ثم اني وجدت الشهيد في حواشيه يحكي عن شمس الدين انه قال ان المقبوض يدخل في ملك القابض ساعره ام لم يساعره وان لم يقع عليه عقد سواء كان المقبوض مثليا اوغير مثلي عن قيمي او مثلي وتلزم القيمة وقت القبض آن دخوله في ملكه لانه دفعه عوضاً عماله مع تعيين المديون انتهى ويدل على الحكم المذكور من الاخبار مارواه الشيخ عن محمد بن الحسن الصفار قال كتبت اليه في رجل كان له على رجل مال فلما حل عليه المال اعطاه به طعاما اوقطنا اوزعفرانا ولم يقاطعه على السعر فلما كان بعد شهرين اوثلثه ارتفع الطعام والزعفران والقطن اونقص باي السعرين يحسبه هل لصاحب

ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثليا والا فالقيمة وقت الدفع لا وقت المحاسبة في البابين معا (متن)

الدين سعر يومه الذي اعطاه وحل ماله عليه او السعر الثاني بعد شهرين او ثلثه يوم حاسبه فوقع عليه السلام ليس له الاعلى حسب سعر وقت مادفع الطعام انشاء الله تعالى وروى نحوه في (الكافي) عن محمد ابن يحيى في الصحيح قال كتب محمد بن الحسن الى ابي محمد عليه السلام الحديث وما يدل على انسحاب الحكم في النقدين لو كان احدهما في ذمته فاعطاه الآخر قضاء عن دينه من غير محاسبة كما اشرنا اليه مارواه المشايخ الثلثة رحمهم الله تعالى عن اسحق بن عمار في الموثق قال سئلت ابا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يكون لي عليه المال فيقضيني بعضاً دنانير و بعضاً دراهم فاذا جاء يحاسبني ليوفيني يكون قد تغير سعر الدنانير اي السعرين احسب له التي كان يوم اعطاني الدنانير اوسعر يومي الذي احاسبه فقال سعر يوم اعطاك الدنانير لانك حبست عنه منفعتها ولعل قوله عليه السلام حبست عنه منفعتها كناية عن انتقالها الى القابض وزوال ملك الدافع عنها الا انتفاع له بها بالكلية لخروجها عن ملكه وبه يحصل حبس منفعتها عنه واذا انتقلت الى ملك القابض سقط بازائها من تلك الدراهم بما قابلها بصرف ذلك اليوم فالمال في الخبر عبارة عن الدراهم ومارواه في (التهذيب) عن يوسف ابن ايوب عن شريك بن ابراهيم بن ميمون عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير ولا يصارفه فتصير الدنانير بزيادة او نقصان قال له سعر يوم اعطاه ونحوه خبر عتبه بن عبد الملك الهاشمي وموثقه ابراهيم بن عبد الحميد وموثقة اسحق ابن عمار الاخرى وفي دلالة الاخيرة نوع خفاء وذلك لان الخبر هكذا قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يكون له على الرجل الدنانير فيأخذ منه دراهم ثم يتغير السعر قال فهي على السعر الذي أخذها منه يومئذ وان أخذ دنانير فليس له دراهم عنده فدنانيره عليه يأخذها برأسها متى شاء فقول الراوي ثم تتغير السعر ظاهره انه تغير سعر الدراهم فيوافق الاخبار الاخر ويكون معناه أنه أخذ الدراهم أولاً مكان دنانيره ثم أخذ دنانير ثانياً بعد ذلك فليس للمعطي أن يحملها في مقابلة دنانيره التي كانت له عليه أولا ويطلب منه دراهمه اذ لادراهم له عليه حينئذ بل ليس له الا دنانيره التي أعطاها ثانياً ياخذها متى شاء وان كان المراد انه تغير سعر الدنانير جاء الاشكال الذي ذكرناه آنفاً وكان الخبر مخالفاً للاخبار الاخر وكلام الاصحاب عند امعان النظر وقد يؤول حينئذ لان تغيير سعر الدنانير يستلزم تغير سعر الدراهم فليتامل في المقام جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الدفع قرضاً لا قضاء كان له المثل ان كان مثلياً والا فالقيمة وقت الدفع لاوقت المحاسبة في البابين معاً ﴾ الحكم في ذلك ظاهر كما تقدم غير مرة وقد دلت موثقة اسحق بن عمار الاخيرة على الحكم في المثلي كما عرفت وأما الكلام في قوله في البابين فقد قال الشهيد في حواشيه (قيل) ان المراد بالبابين القرض والقضاء أما في القضاء فظاهر وأما في القرض فلايجابه في القيمي القيمة يوم القرض وكلامه في القضاء دال على أن القيمي سواء كان من جنس الحق أو من غيره تعتبر قيمته يوم الدفع أيضاً لاطلاقه ذلك وقوله وان كان مثلياً فانه يعرف منه القيمي بطريق أولى وصرح به في الدفع قرضاً لتساوي الدفعين بالنسبة الى القيمي انتهى (وفيه) أولا أنه تكرار وثانياً ان هذا الحكم في المدفوع قضاء لايختص بما اذا كان قيمياً وقال الشهيد وليس المراد بالبابين المثلي والقيمي لان المثلي في القرض لاالتفات الى قيمته الا عند تعذر المثلي وهو غير مختص بحالة الدفع بل

(الثاني عشر) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره بحاضر او مضمون حال لا بمؤجل (الثالث عشر) لايجب دفع المؤجل سواء كان دينا اوثمنا اوقرضا او غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب اخذه وان انتفى الضرر بأخذه ومع الحلول يجب قبضه فأن امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلما يدفع الى الحاكم مع الحلول ويبرأ هو من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال اومؤجل فحل فامتنع صاحبه من اخذه ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فالاقرب ان هلاكه منه لامن المديون (متن)

أي وقت تعذر قال ويحتمل أن يكون المراد بالبابين الدفع من جنس الدين ومن غير جنسه على معنى أن المراد سواء كان المدفوع قرضاً من جنس القرض الاول أم من غيره وفي (جامع المقاصد) ان هذا اوجه وقال الشهيد ويتصور في القرض صور أربع (الاولى) ما اذا دفع مثلياً من الجنس فله المثل ويتهاتران ان وافق الدفع الحلول (الثانية) ما اذا دفع مثلياً من غير الجنس فله المثل ولا تهاتر (الثالثة) ما اذا دفع قيميا من جنس الحق كما اذا أسلم في جارية فدفع اليه جارية قرضاً بصفات السلم فله القيمة أيضاً يوم القرض (الرابعة) ما اذا دفع قيمياً من غير الجنس فله القيمة أيضاً ولا تهاتر والصور الاربع آتية في الدفع قضاء وفي الكل يعتبر القيمة يوم القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ يجوز بيع الدين بعد حلوله على الغريم وغيره بحاضر أو بمضمون حال لا بمؤجل ﴾ هذا تقدم الكلام فيه مرارا أقربها عند شرح قوله في أواخر المطلب الاول من مطلبي الدين ويصح بيع الدين على من هو عليه وعلى غيره واحترز بالحلول عما قبله فلا يصح قبله عنده وقد سلف لنا أن الاصح الصحة قبله وان منعناها في السلم وأراد بقوله وغيره الرد على الحلي ومافي الذمة يعبر عنه بالمضمون واحترز بقوله لا بمؤجل عن بيعه به لصدق اسم الدين عليه وان لم يكن قد ثبت في الذمة بعد كما بيناه فيما سلف وقد أوضحنا الفرق بينه و بين المضمون الحال وحكى الشهيد في حواشيه قولين فيما اذا باعه مافي ذمته بشيء آخر في ذمته مؤجلا الصحة لازما في الذمة مقبوض ونسبه إلى الفخر وأبي القاسم وقواه والبطلان لانه عين بيع الدين بالدين وقد استوفينا الكلام في ذلك الصرف عند شرح قوله ولو كان له عليه دنانير فامره أن يحولها دراهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ لايجب دفع المؤجل سواء كان ديناً أو ثمناً أو قرضاً أو غيرها قبل الاجل فان تبرع لم يجب أخذه وان انتفى الضرر باخذه ومع الحلول يجب قبضه وان امتنع دفعه الى الحاكم ويكون من ضمان صاحبه وكذا البائع سلما يدفع الى الحاكم مع الحلول وهو يبرأ من ضمان المشتري وكذا كل من عليه حق حال أو مؤجل فحل فامتنع صاحبه من أخذه ولو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من اخذه فالاقرب ان هلاكه منه لامن المديون ﴾ هذه الاحكام قد تذكر في المقام وقد تذكر في السلم والاكثرون ذكروها في النسيئة وقد تعرض المصنف لبعضها في موضعين من باب السلم وتكلمنا هناك بما اقتضاه المقام وتمام الكلام في هذه الاحكام ان يقال لا ريب انه لا يجب دفع المؤجل قبل حلوله كما طفحت بذلك عباراتهم في مقامات شتى تمسكا بالاصل والتفاتاً الى لزوم العمل بمقتضى الشرط وقد حكى في (التذكرة) الاجماع على انه ليس للمشتري المطالبة بالمسلم فيه قبل الأجل ولا قائل بالفصل بل الاجماع معلوم في النسيئة كما ادعاه شيخنا صاحب الرياض وفي قول المصنف سواء كان ديناً أو ثمناً

او قرضاً او غيرها نظر لأنه يظهر منه ان الدين مباين للقرض والثمن وقد عرفت حقيقة الحال في اول الباب وان القرض والثمن يعدان ديناً وقوله او غيرها يقتضي مغايرة الدين للحقوق الثابتة بما سوى هذه الامور كالاتلاف والنذر ونحو ذلك فتأمل وأما انه ان تبرع بالحق المؤجل الذي عليه سواء كان من الدين أو الثمن في النسيئة أو المبيع في السلم قبل الاجل لم يجب أخذه ولا قبضه فما لا أجد فيه خلافا وقد صرح بذلك على منوال هذا العنوان في الوسيلة وكذا المراسم والمقنعة وصرح بذلك في بيع النسيئة في النهاية وغيرها وقد نفى عنه البعد في مجمع البرهان واستظهره صاحب الكفاية وفي (الرياض) الاجماع عليه وصرح به في باب السلم جماعة وفي (التحرير) سواء كان عليه ضرر أو خوف أو مؤنة أم لا وقال في (مجمع البرهان) قد يتخيل وجوب القبض لان الأجل لرعاية حال المشتري والترفه له لا لأجل البائع ولهذا يزاد الثمن فاذا حصل الثمن الزائد للبائع نقدا فهو غاية مطلوبه ولان الظاهر أن الحق ثابت والأخذ مع دفع صاحبه عندهم واجب عقلا ونقلا وقد أفاد الأجل عدم وجوب الدفع لا عدم وجوب الاخذ (وفيه) انا نمنع (أولا) استلزام انحصار فائدته في ذلك بعد تسليمه وجوب الأخذ على البائع مع مخالفته الاصل السالم عن المعارض من نص أو اجماع لاختصاصه بغير صورة القرض (وثانيا) بمنع الانحصار لجواز تعلق غرض البائع بتأخير القبض الى الأجل فان الاغراض لا تنضبط كما يأتي التنبيه على ذلك في الفرع الرابع عشر وأما انه مع الحلول يجب قبضه فهو صريح المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والكتاب فيما سلف والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وغيرها ذكروا ذلك في مقامات شتى وهو أي وجوب القبض قضية كلام المقنعة والنهاية والمراسم والحكم مما لاريب فيه وفي (الرياض) الاجماع عليه ومعنى وجوبه عليه انه يأثم بتركه كما صرح به في (الدروس) ولا فرق في الحلول بين ما كان حالا في الاصل أو مؤجلا وحل الأجل كما صرحوا به ولا فرق بين أن يكون في قبضه ضرر أم لا كما في التحرير وهو قضية اطلاق كلام غيره واما انه ان امتنع دفعه الى الحاكم ان امكن فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وغيرها على اختلاف لهم في التعبير عن ذلك ففي بعضها قبضه الحاكم او النائب عنه كالمبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة والدروس في موضع منه وفي بعضها قبضه الحاكم ان سأله البائع كالشرائع والكتاب في باب السلف وفي بعضها وجب دفعه الى الحاكم ان أمكن كالمختلف والدروس في موضع آخر منه وهو ظاهر جماعة كالمصنف هنا وغيره حيث يقولون دفعه الى الحاكم كالكتاب فليتأمل وفي (الكفاية) جاز الدفع الى الحاكم واوجب في (السرائر) على الحاكم القبض ومنع من اجباره المستحق على قبضه أو ابرائه وهو ظاهر المبسوط في الاول وصريحه في الثاني واستبعد ما في السرائر في الامرين صاحب الدروس وقد حكم بهما في حواشيه على الكتاب فقال ليس له اجباره على القبض والابراء وحكى في (المختلف) عن أبي علي انه يجبره على الاخذ وحكى في سلم جامع المقاصد قولا بانه انما يقبضه الحاكم اذا سأله البائع اذا أجبر المسلم على القبض ولم يقبض ثم استظهر ان له أن يقبضه وان لم يجبره على قبضه اذا امتنع وانه لولم يسأله لايجب عليه قبضه وانه يجوز له ذلك وان لم يسأله لانه نائب مناب المالك وانه ليس له اجباره ان لم يسأله المالك لان يده يد رضي بها المشتري ولم يصدر منه ماينافيه (قلت) وعلى مااستظهره يمكن تنزيل اطلاق كلام الاصحاب فتجتمع

الكلمة و يبقى الكلام في كلام من أوجب دفعه الى الحاكم بعد امتناعه من قبضه من أول مرّة لعدم الدليل عليه وحينئذ فله تأخير دفعه والتصرف فيه حيث يكون كليا كما هوالمفروض الى أن يطالبه المالك أو من يقوم مقامه ولعله الى ذلك أشار في (الكفاية) بقوله جاز كما سمعت الا أن الايصال اليه أحوط مسارعة الى ابراء الذمة وخروجا عن خلاف فتوى من عرفت وكيف كان فاذا قبضه الحاكم وجوبا أو جوازا كان من ضمان صاحبه من غير خلاف يعرف وأما اذا لم يدفعه الى الحاكم مع امكان الوصول اليه بلا مشقة بالغة فانه يكون من ضمان المديون وأستندوا في ذلك كله الى أن فيه اقتصارا فيما خالف الاصل الدال على عدم تعيين الدين حيث كان كليا لا بقبض صاحبه أو من بحكمه على محل الوفاق والتفاتا الى اندفاع الضرر عن المديون بالدفع الى الحاكم فلو قصر كان كالمفرط من حيث تمكنه من دفعه الى مستحقه أو نائبه فيكون من ماله وقد خالف على الظاهر في ذلك جماعة منهم الشيخ في النهاية فقال ماحاصله انه ان حل الأجل وامتنع من قبضه مع تمكينه وتعيينه ثم هلك كان من مال البائع ان كان ثمنا ونحوه ما في المراسم والوسيلة والنافع من دون أن يخصوه بصورة عدم التمكن من الحاكم ليدفع اليه وهو المحكي عن المفيد والقاضي وعبارة المقنعة التي عندي غير نقية في المقام من الغلط لكن الظاهر منها ذلك ويناسبه ما حكاه عن أبي الصلاح في المختلف وقد ينزل كلامهم على صورة عدم التمكن من الحاكم وقد يكون نظرهم الى أن الاصل عدم وجوب الدفع الى الحاكم الذي هو وكيل مع وجود الموكل وامكان تسليمه له بالاتيان به اليه وطرحه بين يديه كما هوظاهر الوسيلة بل والنهاية واليه مال المولى الاردبيلي والخراساني من دون اعتبار الاتيان به وطرحه عنده بل اكتفيا بتعيينه وتمكينه منه وبذلك صرح جماعة في باب الكفالة وحيث يقبضه الحاكم فجماعة على انه يخلي بينه و بينه ويبرأ الحاكم منه وآخرون انه يجعله في بيت المال فيحفظه على صاحبه وليس هناك من مخالفة فلا اختلاف وقد عرفت أن كلامهم في هذه المقامات قد جمعناه من أبواب شتى كالسلم والنسيئة والدين وغير ذلك اذ المدار في الكل على التأجيل والحلول في الحقوق مع مساواة المدفوع للحق في الجنس والقدر والوصف كما نبه على ذلك في (الوسيلة والمراسم والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد و الروضة ومجمع البرهان والكفاية) وغيرها حيث يعبرون بالحق أو يقولون وكذا كل من عليه حق حال أو مؤجل حل كما في الكتاب وحيث يقولون انما يجب القبض في الحال اذا ساوى المدفوع الدين جنسا ووصفا وقدرا فلو فقد أحد الثلاثة لم يجب القبض قطعا وقضية قول المصنف وكذا البائع سلما الى آخره ان حكم البائع سلما لم يندرج في عموم ماسبق وليس كذلك لاندراجه في عموم المؤجل ولعل ذكره لمكان الاهتمام بشأنه واما انه لو تعذر الحاكم وامتنع صاحبه من أخذه فانه يكون هلاكه منه لامن المديون فقد صرح به الشهيدان والمحقق الثاني والمولى الاردبيلي والخراساني وغيرهم لان في الحكم يكون هلاكه من المديون ضررا عظيما ولان الممتنع من أخذ حقه مع امكانه يكون مضيعا له ولانه يجب قبول المدفوع سلما (سابيا خ ل) ولا نعني بالتعيين الا ذلك ولا فرق في ذلك بين ماإذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به و بين ماإذا أتاه به وطرحه عنده نعم يجب حفظه بمجرى (لمجرى خ ل) العادة في الصورة الاولى دون الثانية وان كان قضية كلام الاصحاب عدم وجوب الحفظ في الصورتين حيث أطلقوا نفي الضمان عنه دفعا للضرر ولو وجب الحفظ لبقي الضرر المحذور وللزم الضمان بالتقصير فيه والمتجه ماقلناه وهو الذي استوجهه المحقق الثاني ويمكن تنزيل اطلاقهم عليه ويأتي عن الدروس مايشهد عليه وفي حواشي الشهيد ان المقول انه

(الرابع عشر) لو اسقط المديون اجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال (متن)

مع تعذر الحاكم يشهد شاهدين على انه دفع اليه دينه فامتنع من قبضه فاذا تلف من غير تفريط كان من مال صاحب الدين انتهى ولعل الغرض من اعتبار اشهاد الشاهدين اثبات الدعوى بالتعيين عند الامتناع لو أنكرها المدين لا لتحقق ذلك في نفس الامر واعتبر المولى الاردبيلي والخراساني أن يجعله في مكان يسهل عليه أخذه منه ويرفع يده عنه وجه غير الاقرب ان الدين انما يتعين بقبض المالك أو من يقوم مقامه ومن ثم كان للمديون تغييره مالم يقبض وكأنه مال اليه في (الايضاح) ورد بأن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون فاذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره حذرا من لزوم الضرر ومن ثم يجوز أخذ الدين اذا ظفر المالك بمال للمديون الممتنع من الاداء وتعذر الحاكم ويكون تعيين المالك كافيا وهل ينسحب هذا الحكم فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب في مال على حكم الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك فلا يتلف منهما معا وكذا لو تسلط الظالم بنفسه فأخذ قدر نصيب الشريك قال (في جامع المقاصد) لم أجد للاصحاب فيه تصريحا بنفي ولا اثبات مع ان الضرر قائم هنا أيضا والمتجه عدم الانسحاب انتهى وهو كذلك لان القسمة لا تصح الا باتفاق الشركاء وتمام الكلام في باب القضاء هذا ومقتضى كلامهم أن المشتري اذا لم يطرحه عنده بل عرضه عليه وهو عنده وامتنع أنه يبقيه بيده مميزا على وجه الامانة وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه وأن يكون نماؤه للممتنع و ر كوته عليه وان لا يشاركه الديان لو حجر على المديون المفلس بعد ذلك قبل القبض وظاهر الايضاح أن الاصحاب لا يقولون بذلك وقد قال في (الدروس) ان للمشتري التصرف فيه وقد عرفت آنفا انه حكم فيه بالضمان فيما نحن فيه ومقتضى ذلك انه لا يخرج عن ملكه وانما يكون تلفه من البائع عقوبة والا لزم ضمان مال الغير الذي في يد مالكه بلا جناية ولا يد وهو مستحيل فليتأمل وفي جواز المرافعة الى حكام الجور عند تعذر الوصول الى الحق او تعسره اشكال كما في (الكفاية) ونحوه ما في (مجمع البرهان) لمكان الاخبار الكثيرة الناهية عن ذلك وأنت خبير بأن الظاهر كما ذهب اليه جملة من أصحابنا كما قيل اختصاص تحريم الترافع اليهم بوجود الحاكم الشرعي كما هو ظاهر جملة من اخبار المسئلة وبعضها وان كان مطلقا الا انه يحمل على المقيد فتأمل ثم ان ظاهر الاخبار المشار اليها المنع من الترافع في اثبات الحق بالبينة او اليمين دون مجرد الاستعانة بهم على اخذه مع ثبوته وعدم انكار الخصم ذلك كما هو محل البحث فلتلحظ الاخبار في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اسقط المديون اجل الدين الذي عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة في الحال ﴾ قد عرفت ان لزوم الاجل في الدين انما يكون لثبوته بالعقد اللازم كما اذا باعه نسيئة أو جعله أي الاجل شرطا في عقد لازم بناء على المشهور كما عرفته في اول الباب أو يكون بنذر وشبهه فان كان الاول فلا ريب في عدم سقوطه لانه قد ثبت بالعقد اللازم كما هو المفروض فلا يسقط بمجرد الاسقاط ولان في الاجل حقا لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الاجل نعم لو تقايلا في الاجل سقط واما الثاني فقد عرفت ان فيه احتمالين اللزوم من الجانبين او من جانب واحد فالامر بيد المشترط ونفع الشرط له وقد استوفينا الكلام في ذلك وان كان الثالث فكالاول

(الخامس عشر) لو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الأولى فان تعذرت فقيمتها وقت التعذر ويحتمل وقت القرض من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد (متن)

ويزيد عليه انه لا يسقط بالتقايل لانه انما يكون في العقود لا في النذور ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقترض دراهم ثم اسقطها السلطان وجاء بدراهم غيرها لم يكن عليه الا الدراهم الاولى ﴾ قد عرفت مما مر انه لو اقترض دراهم وجب عليه رد مثلها في الوزن والصفة ولا يردها بسكة مخالفة لسكة القرض فلو اسقط السلطان تلك الدراهم وجاء بغيرها لم يكن له الا الدراهم الاولى كما هو خيرة الشيخ في النهاية والقاضي على ماحكي عنهما وابن ادريس وسبطه وصاحب جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وفي الاخير انه اشهر وفي (المفاتيح) انه مذهب الاكثر لأنها من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالمثل وللصحيحين الصريحين في ذلك احدهما عن يونس في مكاتبته الرضا عليه السلام والخالف الصدوق في المقنع قال وان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت فلا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم الدراهم التي تجوز بين الناس وقال في (الفقيه) كان شيخنا محمد بن الحسن يروي حديثا في ان له الدراهم التي تجوز بين الناس ذكر ذلك عقيب رواية يونس عن مولانا الرضا عليه السلام (قلت) لعل الحديث الذي رواه شيخه هو ما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن يونس في الصحيح في الكافي على الصحيح فيما يرويه العبيدي عن يونس وفي ابراهيم بن هاشم (واما التهذيب) ففي طريقه سهل فان فيه لك ان تأخذ منه ماينفق بين الناس كما اعطيته ما ينفق بين الناس وحكي عن ابي علي انه قال ولا نختار للمستقرض الا ان يعطي ماينفق بين الناس كما أخذ ما ينفق بين الناس وقد جمع الشيخ بين الاخبار بحمل ماينفق بين الناس في الخبر الاخير على معنى قيمة ما كان ينفق بين الناس وكذلك اول الدراهم الاولى في الاولين بقيمة الدراهم الاولى دفعا للتنافي قال لانه لا يجوز ان تسقط الدراهم الأوله حتى لا تكاد تؤخذ اصلا فلا يلزمه اخذها وهو لا ينتفع بها وانما له قيمة الدراهم الأوله وليس له المطالبة بالدراهم التي تكون في الحال انتهى وهو كما ترى واحد منه جمع الصدوق في الفقيه ومثله حمل بعض متأخري المتأخرين الرواية الاخيرة على مهر الزوجة او ثمن المبيع فان فيه مع خروجه عن الظاهر ان حكم هذين يرجع بالاخرة الى حكم القرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذرت فقيمتها وقت التعذر ﴾ هذا مختار (التذكرة) في المقام وقد حكي فيه عن النهاية والقاضي والسرائر وقد تقدم الكلام فيما اذا تعذر المثل فى المثلي وان المختار والاصح وجوب القيمة يوم المطالبة كما حكيناه هناك عن جماعة وقد اختاره هنا الشهيد في (الدروس) والمحقق الثاني والحاصل أنا قد استوفينا الكلام فيما سلف وتعرضنا لكلامهم في المقام والقول فيما نحن فيه بالوجوب وقت القرض موافق للنظر ولخبر نفي الضرر وقد حكي عن الشيخ في المقام وعن السرائر في مقام آخر ولم اظفر به في كلاميهما فيما نحن فيه وكأنه مال اليه اوقال به في التحرير في المقام وفيما سلف قال بوقت التعذر ﴿ قوله ﴾ ﴿ من غير الجنس لامن الدراهم الثانية حذرا من التفاضل في الجنس المتحد ﴾ كما صرح به في (السرائر والتذكرة والمختلف والدروس وجامع المقاصد) وهو قضيه كلام الباقين لانه اذا أبطل رواجها من حيث كونها دراهم لم يبق الا اعتبار النقد وهو أنقص باعتبار ان للسكة اعتبارا فتزيد بها القيمة وأما مع المساواة في الوزن فلا بأس

وكذا لو جعل قيمتها اقل ولو ضارب فالاقرب ان رأس المال الدراهم الساقطة مع احتمال جبر النقص بالربح ولو سقطت او نقصت بعد البيع لم يكن للبائع الا النقد الاول ولو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار وان كان قبل العلم فالاقرب ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا في بلد السلطان او غيره (المقصد الثاني في الرهن) وهو وثيقة لدين المرهن وأركانه أربعة الصيغة والمحل والعاقد والحق فهنا فصول (متن)

والجار متعلق بمحذوف على انه حال من قيمتها أو صفة لها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو جعل قيمتها أقل ﴾ أي لو جعل السلطان قيمتها أقل كان الحكم فيه كما في اسقاطها فمع التعذر يأخذ القيمة من غير الجنس حذرا من الربا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضارب فالاقرب ان رأس المال الدراهم الساقطة ﴾ وجه القرب كما في (الايضاح وجامع المقاصد) انها رأس المال فكيف يتصور المطالبة بغيرها كما لو دفع فضة فانه ليس له المطالبة بذهب ولانه نقص لم يحصل من التجارة أي البيع والشراء وانما حصل من السلطان والمضاربة انما انعقدت بالنسبة اليها والاصل بقاء ما كان ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع احتمال جبر النقص بالربح ﴾ ووجهه أنه نقص حصل بعد دورانه في التجارة وضعف بأن رأس المال بحاله والنقص الذي يجب جبرانه هو النقص عن رأس المال ولم يحصل فان نقصان قيمة رأس المال لا يعد نقصا في رأس المال وهو ظاهر وكأنه متأمل في (التذكرة) ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سقطت أو نقصت بعد البيع لم يكن للبائع الا النقد الاول ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لوجوب حمل العقد على المتعارف حينئذ أو الغالب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو تعاملا بعد النقص والعلم فلا خيار ﴾ كما (في التذكرة وجامع المقاصد) والمراد بعد علم البائع لانه هو الذي يدخل عليه الضرر حينئذ وأما المشتري فلا ضرر عليه لو لم يعلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان قبل العلم فالوجه ثبوت الخيار للبائع سواء تبايعا في بلد السلطان أو غيره ﴾ ثبوت الخيار للبائع حينئذ خيرة (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) لانه نقص سابق على العقد ولم يعلم به فطريقه وطريق العيب واحد وهو نقص المالية لانه اما عيب او كالعيب ولم تفرق الامر بينهما كما في (الايضاح) ووجه العدم انه ما زادت فيه صفة ولا نقصت منه صفة هي زيادة أو نقيصة عن المجرى الطبيعي فلا يكون عيبا وقد وقع عليه العقد وضعف بان المراد بالزيادة والنقيصة باعتبار الغالب ولهذا يعد كون الضيعة منزل الجيوش عيبا مع عدم نقصان منها ولا زيادة وهذا المعنى ثابت هنا لانه صار ناقصا باعتبار العرف الغالب ويستوي في ذلك بلد السلطان وغيره اذ لا اثر لتفاوت البلدان بكون الامر في ذلك متفاوتا بالظهور والخفاء

﴿ المقصد الثاني في الرهن وهو وثيقة لدين المرتهن ﴾

الرهن اما مصدر او اسم الشيء المرهون والثاني يجمع على رهان كسهم وسهام وقال ابو عمر ورُهن ايضاً جمع وقال الاخفش هي قبيحة لانه لا يجمع فَعلَ على فُعل الا قليلا كسقف وسُقف بل هو جمع الجمع اي رهان وقد طفحت عباراتهم بانه لغة الثبات والدوام وان اللغة الفالبة رَهنَ واما ارهن ففي (المبسوط والسرائر والتحرير) قد قيل انها لغة وفي (التنقيح) انها لغة قليلة وفي (المهذب البارع) لا يقال ارهن وفي (القاموس) رهن وارهن بمعنى ونحوه ما في الصحاح والمصباح المنير وقال في (المسالك) ويطلق على الحبس باي سبب كان قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) اي محبوسة واخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى انسب (قلت) وبهذا المعنى صرح في (المصباح المنير) وقد يظهر من

(المبسوط وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتحرير والدروس وحواشي الكتاب والتنقيح وكنز العرفان والمهذب البارع وايضاح النافع والمسالك) انه حقيقة شرعية حيث قيل في المبسوط والسرائر وفي (الشريعة) اسم لجعل المال وثيقة الى اخره وفي (فقه الراوندي) انه في الشريعة اسم لما يجعل وثيقة وفي (الغنية) انه في الشريعة عبارة عن جعل العين وثيقة في دين الى آخره وفي (التحرير والمهذب البارع) انه في الشرع عبارة عن المال الذي يجعل وثيقة وفي (الدروس والحواشي والتنقيح وكنز العرفان وايضاح النافع والمسالك) انه شرعا وثيقة وظاهرهم ان المراد انه كذلك في لسان الشارع ولا مانع منه ان لم يثبت انه في اللغة لما جعلوه معنى شرعيا له من المصدر او اسم المصدر او المال لكن في (الصحاح) انه اي الرهن معروف ومثله مافي نهاية ابن الاثير في اثناء كلام له وفي (المصباح المنير) رهنته المتاع بالدين حبسته به فهو مرهون وفي (القاموس) الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ماأخذ منك فكان ذلك ثابتا في اللغة ولا ريب انهم كانوا يتداينون ويرهنون فلم تتحقق فيه الحقيقة الشرعية لان معيارها أن يستعمل الشارع لفظا في ماهية جديدة ومعنى مستحدث ويكون اللفظ حقيقة فيه في لسان المتشرعة ولم يوجد ذلك في الرهن فلا بد حينئذ من تنزيل كلام الاصحاب على حقيقة المتشرعة واصطلاح الفقهاء ليتنزل كلامهم عند اطلاقهم عليه فيكون المراد انهم اصطلحوا على أحد معانيه ولا مؤاخذة في ذلك الا على صاحب المسالك حيث قال وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أي الحبس أنسب ان افتقر الى المناسبة والانصاف ان قولهم شرعا كالنص في ارادة المعنى الشرعي فيتساوى في ذلك صاحب المسالك وغيره وهكذا الحال في كل ما كان من هذا القبيل كالقرض والاجارة والبيع ونحو ذلك ونعم ما قال في (مجمع البحرين) وفي عرف الفقهاء وثيقة لدين المرتهن (وقد قال) ان الشارع والمتشرعة اذا استعملوه في أحد المعاني وخصوه بها وهجروا بقيتها كان حقيقة شرعية (قلت) هو كذلك ان تحقق ذلك والظاهر تحققه لان الظاهر اخذ القبض في ماهيته كما تدل عليه الاخبار كما يأتي بيان ذلك مفصلا في الكلام على اشتراط القبض ثم اني وجدت الاستاذ قدس سره قد تعرض في الفوائد الجديدة لذلك فقال اعلم انه ربما يقول الفقهاء في العبادات والمعاملات في مقام التعريف انه لغة كذا وشرعا كذا ولعل المراد معنى اللفظ المذكور لتلك العبادات والمعاملات اعم من ان يكون حقيقيا أو مجازيا لنزاعهم في ثبوت الحقيقة الشرعية أو يكون مرادهم أعم من الشارع والمتشرعة أو يكون المراد من المعنى المعنى الصحيح شرعا والمعتبر عند الشارع والمتشرع بحسب الشرع وهذا هو الاقرب ثم بينه بان الفقهاء متفقون على ان المعاملات ليست توقيفية كالعبادات الى آخر ماحرره وانت خبير بان ماقربه لا يتم في الرهن في بعض تعاريفه لان قولهم وثيقة لدين المرتهن لم يزيدوا فيه على المعنى اللغوي شيأ من الشروط وغيرها الا ذكر الدين ولعلهم جروا فيه على الغالب لا لقصد الاخراج ولعل العرب انما كانوا يرهنون على الدين فتأمل جيدا وانما يتم في تعريف البيع ونحوه حيث يذكرون فيه بعض الشرائط وغيرها كتعريف المصنف الرهن في التذكرة بانه عقد شرع للاستيثاق على الدين فليلحظ ذلك (والحاصل) انه لو كان المقصود تحديد المعاملات الصحيحة لوجب استقصاء شرائط الصحة مع انهم لم يتعرضوا فيها الا لقليل منها ويمكن ان يقال لما كان الغالب في المعاملات مشاركة بعضها لبعض في بعض الصفات كاشتراك البيع مع الهبة في نقل الملك ومع الاجارة في النقل بعوض واشتراك الاجارة مع الجعالة الى غير ذلك وكان الواجب تمييز بعضها عن

بعض لتوقف العلم بثبوت أحكامها المختلفة عليه وليحمل كلامهم عند الاطلاق على ذلك فقصدوا تمييز بعضها عن بعض بوجه ما من الوجوه وهذا امر يختلف من حيث الاستغناء عن الشروط والاحتياج اليها كما انهم ربما احتاجوا في بعضها الى واحد من الشروط أو الى أكثر (فان قلت) فما الوجه حينئذ في الحكم بانها شرعية مع عدم اشتمال بعضها على شروط الصحة واشتمال بعضها على بعض شروطها (على شروطها خ ل) (قلت) المراد بالشرعي هنا الوقوف على الشرع في الجملة ومقابله اللغوي والعرفي أعني مالا توقف له على الشرع اصلا فلا يقدح في الحكم بالشرعية اشتمال الحد على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق الشرعي على مثل ذلك الا الرهن على بعض التعاريف على تأمل فيه والوثيقة تطلق على المذكر والمؤنث كما في (التذكرة) وغيرها يقولون في الصيغة هذا وثيقة دينك فانه يراد به مايوثق به مطلقا من غير نظر الى التأنيث والتذكير فاستويا فيه بحسب الاستعمال وخرجت عن كونها للتانيث قال ذلك كله في (مجمع البرهان) وقال جماعة ان التاء للنقل والامر في ذلك سهل وفي (حواشي الكتاب والتنقيح) انه اختلف في معناها هنا فقيل ليستوفي دينه (حقه خ ل) منه وقيل ليستوفي دينه به قال في (الحواشي) والاول اشهر وتظهر الفائدة في رهن ام الولد فعلى الاول لايصح وعلى الثاني يصح لان مع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع يدعوا المالك الى القضاء وليس في اضافة الدين الى المرتهن دور لانا نعرفه في التعريف بصاحب الدين او من له الوثيقة من دون أن ناخذ الرهن في تعريفه والتخصيص بالدين مبني اما على الغالب أو على عدم جواز الرهن على غيره وان كان مضمونا كالغصب وكذا مايمكن تطرق ضمانه كالمبيع وثمنه لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما و بنقصان قدرهما أو على أن الرهن عليها انما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين و يكون مبدأ الرهانة هنا من حين الظهور وفيه تكلف مع انه قد يبقى بحاله فلا يكون دينا وكيف كان فهو ثابت بالاجماع كما في (المبسوط وفقه الراوندي والغنيه والسرائر والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح والمهذب البارع) بل في الاخير كالتذكرة التصريح باجماع المسلمين وهو ظاهر غيره كالغنيه وغيرها ولم يقل أحد بوجوبه والامر المستفاد من الجملة الخبرية في الآية الشريفة للارشاد وبه نص الكتاب المجيد والسنة الغراء ﴿قوله﴾ ﴿الصيغة ولابد فيها من ايجاب كقوله رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا وما أدى معناه من الالفاظ﴾ ظاهر المصنف هنا أنه لابد في الايجاب والقبول من أن يكونا لفظيين وهو ظاهر (المبسوط والفقه الراوندي والوسيلة والغنيه والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية) ويستفاد من الشرائع أن القبول غير منحصر في اللفظ بل يكون الفعل والاشارة ونحوهما لقوله والقبول وهو الرضا بذلك الايجاب ولعله لكونه جائزا من طرف القابل وفي (المسالك) أن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولي انتهى وظاهر المبسوط والفقه الراوندي والوسيله والغنيه والسرائر وجامع الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة أنه لا بد فيهما أي الايجاب والقبول من اللفظ العربي الماضوي والمقارنة وتقديم الايجاب على القبول كما هو الشان في سائر العقود اللازمة لان المتبادر من قولهم لا بد فيه من الايجاب والقبول ولعلهم استندوا في ذلك الى أن الاصل عدم الانعقاد وعدم ترتب أحكام الرهن الا اذا ثبت كونه رهنا بالاجماع ونحوه ولا اجماع الا مع الامور المذكورة ولا دليل على غيرها (وفي الوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع) التصريح بأنها من

شروط الصحة ولم يتعرض في المقنعة والنهاية والمراسم الصيغة أصلا وصريح الشرائع والتحرير والكتاب والتذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انه أي عقد الرهن لايختص بلفظ ولا بلفظ الماضي ولم يشترط في التذكرة والدروس والكفاية اللفظ العربي وفي (جامع المقاصد) لا بد من كون الايجاب والقبول بلفظ الماضي لانه صريح في الانشاء وقال أيضا انه يشكل غير العربي لان الاطلاق محمول على العربي ولان العقود اللازمة تتوقف على العربية وتمنع صدق العقد على العقد بالعجمية مع امكان العربية واعتبر في (التذكرة) لفظ الماضي مع أنه أجاز كما عرفت هذا وثيقة وهذا رهن وليسا ماضيين فيحتمل انه احترز عن المستقبل خاصة كما يشعر به آخر كلامه وهو قوله فلو قال أرهنك كذا أو أنا أقبل لم يعتد به أو انه أراد ما يدل على الانشاء صريحا لا الماضي المصطلح أو أراد انه اذا أتى بالفعل فلا بد من الماضي فلا يجزي الامر ولا المستقبل وقد أجاز الايجاب في الدروس بلفظ الامر كخذه وامسكه وقال في (التذكرة) الخلاف في الاكتفاء فيه بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في المبيع آت هنا واستشكل فيه في (جامع المقاصد) بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالاجماع بخلاف ماهنا أما الاستيجاب والايجاب فنعم انتهى وقسم الرهن في التذكرة الى قسمين (الاول) الرهن ابتداء أي من غير كونه شرطا في عقد لازم (والثاني) مااشترط فيه مثل أن يقول بعتك هذا الشيء بشرط أن ترهنني عبدك فتقول اشتريت و رهنت أو زوجتك نفسي على مهر قدره كذا بشرط ان ترهنني دارك على المهر فيقول الزوج قبلت و رهنت فالقسم الاول لابد فيه من الايجاب والقبول عند من اشترطهما ولم يكتف بالمعاطاة واما القسم الثاني فقد اختلف فيه فقال بعض الشافعية لا يكفي ذلك بل لابد ان يقول البائع بعد ذلك قبلت وكذا المرأة تقول بعد ذلك قبلت الرهن لانه لم يوجد في الرهن سوى الايجاب وهو بمفرده غير كاف وقال الآخرون الشرط من البائع والمرأة يقوم مقام القبول ولم يرجح شيئاً وهذا قد يشعر بأنه غير جازم بالاشتراط وستسمع تردده فيما يأتي من الكتاب واختار في موضع آخر من التذكرة و ولده وابن المتوج فيما حكي عنه والمحقق الثاني انه لابد من القبول ولا يكفي الاشتراط عنه كما ستسمع بيانه (كلامه خل) والشيخ في المبسوط كلام ستسمعه هذا كلام الاصحاب على اختلاف آرائهم وتنقيح البحث ان يقال ان هذا العقد لما كان لازما من جانب وجائزا من جانب آخر فبعضهم غلب فيه جانب الجائز مطلقا وآخرون غلبوا جانب اللزوم لان اعتبار ما اعتبروه في العقود اللازمة دون الجائزة انما هو للاقتصار فيما خالف الاصل الدال على عدم اللزوم وعدم ترتب الاحكام على المتيقن وهو جار في المقام لتضمنه اللزوم من طرف الراهن وعدم اللزوم من جانب المرتهن غير قادح بعد كون المنشأ للاعتبار هو نفس اللزوم المخالف للأصل من حيث هو من دون اعتباره من الطرفين فليتأمل في كل من الوجهين والتحقيق ان يقال ان عموم قوله سبحانه أوفوا بالعقود يقضي بالصحة والجواز في كل ما يصدق عليه انه عقد رهن الا ان يدل دليل على اشتراط أمر آخر غير ذلك أو شيء زائد فيه على ذلك كما قام مثل ذلك في البيع ولعل الشهرة كافية في المقام لأنها تكون قرينة على ان ذلك بدون معقد الشهرة كان مما لايسمى عقداً في زمن الصدور فتأمل وقالوا مما يؤدي معنى رهنتك وثقتك بالتضعيف وأرهنتك لانه لايبلغ شذوذها حد المنع وهي أوضح دلالة من كثير مما عدوه وقال في (الدروس) لو قال خذه على مالك أو بمالك فهو رهن ولو قال امسكه حتى أعطيك مالك وأراد الرهن جاز ولو

وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة وشبهها وقبول كقوله قبلت او ما يدل على الرضا وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر (متن)

أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن ﴿قوله﴾ ﴿ وتكفي الاشارة مع العجز كالكتابة ﴾ أي كما تكفي الكتابة مع العجز عن النطق اذا عرف ذلك من قصده والاكتفاء بالاشارة مع العجز مصرح به في (الشرائع) وأكثر ما تأخر عنها و يعتبر فيها كونها مفهمة للمقصود كما صرح به جماعة ولا ريب أن ذلك مراد من أطلق ولا يعتبر رفع امكان غير الواقع لاحتمال اللفظ الصريح له بل الافهام المقصود عرفا ولا تنحصر في عضو ولا فرق بين أن يكون العجز لعارض أو أصليا وان أوهمت بعض العبارات اعتبار الثاني حيث يعبرون بالاخرس ولا تكفي الكتابة بمجردها لامكان العبث أو ارادة أمراض قال في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة والاشارة الا مع العجز فتكفي الاشارة الدالة عليه وكذا الكتابة مع الاشارة ولا تكفي الكتابة المجردة عن الاشارة الدالة على الرضا انتهى ونحوه ما في الشرائع من عدم الاكتفاء بمجرد الكتابة الا أن عبارة الشرائع أشمل وأولى لان الاولى ان يقول في (التذكرة) ولا تكفي الكتابة المجردة عن الدلالة اذ قد تكون الكتابة مع أمر آخر غير الاشارة دالة على الرضا فيكتفى بذلك كما هو الشان في الاشارة المجردة عن الكتابة مع الفهم والدلالة وفي (مجمع البرهان) ينبغي الاكتفاء بهما مع القدرة على النطق لان الغرض المهم لا اللفظ والا لا نتفت صحتهما مع العجز ايضا لعدم اللفظ المشترط الا مع تعذر النيابة فالاشتراط بالعجز غير واضح وهذا منه بناء على اصل فاسد وهو ان المدار على الرضا في نحو ذلك وقد مر بيانه في باب البيع ﴿قوله﴾ ﴿ وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ﴾ هذا ما أشرنا اليه آنفا وقد سمعت تصوير المسألة فيما حكيناه عن التذكرة حيث فرضها فيما اذا كان الايجاب الرهن عقيب ايقاع البيع بحيث لا يقع بينهما تراخ يمع كون احدهما مع الآخر جزأ للعقد لاشتراط وقوع احدهما عقيب الآخر على الفور عادة ووجه النظر على ما في جامع المقاصد من إصالة عدم اشتراط التأخر عن الايجاب ومن أن صحة الرهن موقوفة على حصول الصيغة المعتبرة شرعا والاصل عدم اعتبار ما تقدم فيه القبول على الايجاب ولان القبول عبارة عن الرضا بالايجاب فقبل حصول الايجاب لا يتحقق الرضا به اذ ليس ثم شيء يرضى به فالاصل عدم الاكتفاء به وأنت خبير بما يرد على الأخير بان يقال ان الغرض من القبول العلم بالرضا الباطني وهو حاصل بالاشتراط اذ معناه انه راض بما توجبه وقابل طالب لما اشترطه عليك اذا فعلته الا ان يقال لا يلزم من الرضا وقت الاشتراط الرضا وقت الرهن ووجهه في (الايضاح) من انه اي الشرط لفظ دال على الرضا و يصح تقدمه أن قلنا به اي بصحة تقديم القبول على الايجاب ومن ان القبول متأخر عن القابل والمقبول بالذات واشتراطه موجب فيتقدم فلو اتحدا لكان الشيء الواحد متأخرا عن آخر بالذات ومتقدما عليه بالذات فيدور ولان القبول لا يكون موجباً للايجاب بالضرورة ويلزمه قولنا الموجب لا يكون قبولا بالضرورة والشرط موجب والاقوى عندي ان القبول لا يصح تقدمه على الايجاب مطلقا انتهى فليتأمل في كلا وجهيه اذ ذلك موقوف على بيان معنى القبول وقد اوضحنا الحال في باب البيع والشيخ في (المبسوط) جوز تقديم القبول في المقام قال واما الوقت الذي يجوز اخذ الرهن به فانه يجوز بعد لزوم الحق ويجوز ايضا مع لزومه مثل ان يكون مع

وشرط ماهو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على ان يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء ولو شرط ماينافي العقد بطل كالمنع من بيعه في حقه اما لو شرط في البيع اذن فلان او بكذا فالوجه الصحة وكذا يصح لو شرط ان ينتفع به المرتهن او ان يكون النماء المتجدد رهنا (متن)

الرهن(١) ان يقول بعتك هذا الشيء بكذا على ان ترهن كذا بالثمن وقال اشتريته على هذا صح شرط الرهن وثبت ويرهنه بعد عقد البيع ويسلمه اليه واذا ثبت جواز شرطه جاز إيجاب الرهن وقبوله فيه فيقول بعتك هذا الشيء بألف درهم وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن وقال المشتري اشتريته منك بألف درهم ورهنتك هذا الشيء فيحصل عقد البيع وعقد الرهن انتهى وفي (المختلف) بعد نقله هذا عن الشيخ تأمل فيه بأنه وثيقة للدين فلا يصح اقترانه معه في العقد وليعلم انه لو قدم البائع أو المشتري الارتهان على البيع في المثال لم يصح على الظاهر كما لو قال المشتري ارتهنت واشتريت أو قال البائع رهنتك وبعتك وسيتعرض المصنف لهذا الفرع في الفصل الرابع في الحق ويأتي تمام الكلام هناك ﴿قوله﴾ ﴿ وشرط ماهو من قضايا الرهن كعدمه كقوله على أن يباع في الدين او يتقدم به على الغرماء ﴾ او كأن يشترط منافعه للراهن وان لا يبيعه الا باذن المرتهن او يكون في يده او يد عدل فأن هذه الشروط لا يضر التعرض لها في رهن التبرع ولا المشروط وانما يفيد تأكيدا لمقتضاه كما (في الوسيلة والتذكرة) وتفصيل المقام ان يقال ان الرهن عقد قابل للشروط الصحيحة التي لا تفضي الى جهالة في بيع ان شرط فيه اجماعا كما في (التذكرة) فان شرط في الرهن شرطا فاما ان يكون من مقتضى عقده اولا يكون من مقتضاه وعلى الثاني اما ان يتعلق بمصلحة العقد كالاشهاد اولا يتعلق به غرض كقوله بشرط ان لا تأكل الهريسة او يكون غير هذين وعلى الاخير فاما ان يكون مما ينتفع به المرتهن ويضر الراهن أو بالعكس وعلى التقادير إما أن يكون الرهن رهن تبرع أو مشروطا في عقد بيع وشبهه والذي يقتضيه النظر جواز اشتراط كل مباح في الرهن اذا لم يناف مقتضاه ولم يكن مما لا تتعلق به أغراض العقلاء لانها شروط سائغة فيجب الوقوف عندها سواء كان تبرعا أو مشروطا في بيع وشبهه وقد يقع الاشتباه في بعض الشروط هل هي منافية أولا كما ستسمع عن المبسوط وغيره وقد أسبغنا الكلام في أحوال الشروط في باب البيع في الفصل الثالث في الشروط ﴿قوله﴾ ﴿ ولو شرط ماينافي العقد بطل كالمنع من بيعه في حقه ﴾ أو من تسليمه اليه بالكلية وكاشتراط عدم فكه بعد أداء الحق واشتراط أن يرهنه عند غيره وعد في (الوسيلة) من الشروط المخالفة ما اذا شرط أن لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن أو فلان وعد في (المبسوط) من الشروط المخالفة لمقتضى العقد ما اذا شرط أن يبيعه بعد شهر أو لا يبيعه الا بما يرضاه الراهن أو يرضاه رجل آخر أو يكون نماؤه رهنا معه وما اشبه ذلك قال فهذه كلها شروط فاسدة لانه مخالفة لمقتضى العقد وما كان كذلك فهو مخالف للشرع فكان فاسدا وهل يفسد الرهن الاقوى في نفسي ان الشرط يفسد ويصح الرهن ولا يبطل البيع الذي اقترن به الرهن لعدم الدليل وقال بعد ذلك اذا رهن نخلا على ان ما أثمرت يكون رهنا مع النخل او رهن ماشية على ان ماينتج يكون النتاج داخلا في الرهن فالشرط باطل وقيل انه يصح ويدخل في الرهن وهو الاقوى انتهى وهذا رجوع

---

(١) كذا وجدناه في نسختين صحيحتين والمراد ظاهر (منه قدس سره)

ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ويصح الرهن سفرا وحضراً (متن)

منه عن بعض ماذكره ويأتي عند قوله والاقرب عدم دخول المتجدد الا مع الشرط نقل الاجماعات والاقوال وقال في (الخلاف) اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع وفي (المختلف) انهما يبطلان ايضا وستسمع الحال والمصنف هنا قد صحح مالو شرط في البيع اذن فلان او بيعه بكذا او ان ينتفع به الراهن او يكون النماء المتجدد رهنا وصحح في المختلف والتذكره ايضاما اذا شرط ان لايبيعه الا بعد شهر او لايسلمه اياه الا بعد شهر مثلا بل صحح في التذكرة اشتراط كون منافع الرهن للمرتهن اذا لم يكن الدين قرضا مشروطا بذلك وقال في (الوسيلة) اذا شرط النماء لنفسه فان كان ذلك في دين في الذمة صح الرهن وبطل الشرط وان كان في قرض مستأنف بطل القرض والرهن والشرط وان كان في بيع فان كان النماء مجهولا لم يصح والا صح ونحوه ما في جامع الشرائع ومنع في الدروس من اشتراط توقف البيع على رضى الراهن او أجنبي وقوى في (الايضاح) الجواز في اشتراط اذن الغير والبطلان في اشتراط بيعه بكذا ومال المحقق الثاني الى البطلان فيهما لان فلانا قد لا يأذن والثمن المعين قد لايبلغه الرهن فيتعذر اخذ الدين من قيمته فينتفي مقصوده فيكون الشرط منافيا وقد حكم في (التذكرة والمختلف) انه اذا بطل الشرط بطل المشروط لان الرضا بالعقد انما وقع على ذلك الشرط فاذا لم يصح لم يصح العقد وهو كذلك بالنسبة الى عقد الرهن لان الفرض انه مخالف لمقتضاه واما اذا كان هذا الرهن الفاسد لفساد شرطه مشروطاً في بيع مثلا فهل يفسد البيع اولا الظاهر التفصيل فالفساد فيما اذا جر الشرط جهالة الثمن كما اذا شرط في البيع رهنا وشرط ان يبقى عنده وتكون منافعة وزوائده للمرتهن فالبيع باطل لان المشروط استحقاقه حينئذ يصير جزأ من الثمن وهو مجهول ويصح البيع فيما عدا ذلك ويكون للبائع الخيار لانه لم يسلم له الرهن ولاشرطه لفساده بفساده كما هو الفرض بل نقول له الخيار وان قلنا بصحة الرهن مع فساد شرطه كما سمعته عن المبسوط لانه لم يسلم له الشرط المذكور فيصح ان نقول له الخيار صح الرهن او فسد لانه ان صح الرهن لايسلم له الشرط وان لم يصح لم يسلم له اصل الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن فله الرجوع ﴾ وفي بعض النسخ فلا رجوع والمراد انه شرط عليه في البيع الفاسد رهنا على دين آخر ووجه الأولى انه انما قصد الرهن بشرط اللزوم فهو وان كان منجزا في الصورة فهو في المعنى معلق فكان كما لو باع مال ابيه بظن الحيوة وانه فضولي فبان ميتا وان المبيع ملكه فان فيه وجوها ثلاثة الصحة والوقوف على اجازته بعد ذلك والبطلان ووجه الثانية انه عقد صدر من أهله مع القصد الى الرهن غاية الامر أنه أوقعه على أعتقاد وجوبه عليه فكان كما لو أبرئت ذمت الزوج بظن صحة الطلاق او وهب واهبه بظن صحة الهبة الاولى وقد قارن الثانية ما يقتضي اللزوم وامثال ذلك ولو ظن صحة البيع الفاسد ولم يكن قد شرط عليه فيه الرهن على دين آخر فرهنه تبرعا باعتقاد صحة البيع وانه لولاه لم يرهنه غاية الامر انه لم يكن مشروطاً عليه فلارجوع له وهذا انما يرشد الى عدم الرجوع فيما نحن فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الرهن سفرا وحضرا ﴾ أجماعا كما في (الخلاف وكنز العرفان) وظاهر غيرهما قال في (الخلاف) وبه قال جميع الفقهاء الا مجاهدا فقال لايجوز

وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة فان ادى او ابرأ او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه ولا يجب على المرتهن دفعه مع خروجه عن الرهانة الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده (متن)

الا في السفر وحكى ذلك عن داود وحكاه في كنز العرفان عن الضحاك أيضاً ولا يشترط عدم الكاتب اجماعا كما في (التحرير) والتقييد في الاية بالسفر وعدم وجدان الكاتب خرج مخرج الاغلب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو عقد لازم من جهة الراهن خاصة ﴾ وجائز من طرف المرتهن اجماعا كما في (التذكرة ومجمع البرهان) وظاهر الغنية ولم اجد فيه خلافا من احد وقد يتوهم من الشيخ في (المبسوط والخلاف) وليس كذلك قال عقد الرهن ليس بلازم ولا يجبر الراهن على تسليم الرهن فان سلم باختياره لزم التسليم والاولى ان نقول يجب بالايجاب والقبول ويجبر على تسليمه وقال في مقام آخر واذا قبض المرتهن باذن الراهن صار الرهن لازما اجماعا وانما الخلاف قبل القبض ثم صرح بانه لازم من جهة الراهن دون المرتهن وحكم ايضاً في عدة مواضع ان القبض واجب على الراهن في مسئلة ما اذا مات المرتهن قبل قبض الرهن ومسئلة ما اذا اذن للمرتهن في قبض الرهن ثم رجع عن الاذن ومسئلة ما اذا اذن له ثم جن الراهن او اغمي عليه وقال لو خرس الراهن فان كان لا يحسن الاشارة ولا الكتابة لم يجز للمرتهن قبضه لانه يحتاج الى رضاه ولا طريق له الى ذلك فالاحكام الاول تدل على لزوم الرهن بمجرد العقد وان القبض واجب على الراهن وقوله في مسئلة الأخرس ينافي ذلك كما سيأتي بيان ذلك في الفصل الخامس ولو لم يكن لازما من طرف الراهن لانتفت فائدته وانما جاز من قبل المرتهن لانه يسقط حق نفسه ولا كذلك الراهن قالوا وليس له نظير في العقود الا الكتابة المشروطة عند الشيخ فانها عنده ايضا جائزة من قبل العبد خاصة ويناسبه عقد الفضولي من احد الجانبين وكان القرض نظيرا له اذا قلنا انه لازم من طرف المقرض جائز من طرف المقترض اذا قلنا بان له ان يرد العين في القيمي ويجب على المقرض القبول كما هو مذهب جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ادى او ابرأ او اسقط المرتهن حقه من الرهن كان له اخذه من المرتهن ﴾ من لوازم اللزوم عدم جواز الانتزاع الا بان يؤدي الراهن الدين أو يبرأه المرتهن او يسقط هو أي المرتهن حقه من الرهن فانه حينئذ يجوز له الانتزاع وفي حكم تأدية الراهن ما اذا تبرع عنه متبرع بذلك او اذا ضمنه ضامن مع قبول المرتهن او حوله هو به وفي حكم ابراء المرتهن الاقالة المسقطة للثمن المرهون به او الثمن المسلم فيه المرهون به ومعنى اسقاط المرتهن حقه من الرهن فسخه لعقد الرهانة لجوازه من قبله ويبقى الكلام فيما لو اقبضه البعض او ابرأه هو منه فهل يكون حكمه حكم ما لو قبض الجميع اوابرأ منه فيبطل الرهن بسقوط جزء مامن الدين وان قل كما هو مختار المصنف فيما يأتي من الكتاب او يبقى الرهن بأجمعه مابقي من الدين جزء كما هو خيرة المبسوط مدعيا انه اجماع كما ستسمع انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجب على المرتهن دفعه الا بعد المطالبة به ويبقى امانة في يده ﴾ كما هو الشان في كل حق كان ثبوته في اليد باذن شرعي كالمستأجر وحينئذ يبقى امانة مالكية لاشرعية لانه مقبوض باذن المالك وقد كان وثيقة وامانة فاذا سقطت الوثيقة بقيت الامانة فيصير بمنزلة الوديعة لا بمنزلة ما اذا اطارت الريح ثوبا الى دار انسان حيث يلزمه رده على مالكه ابتداء او اعلامه به وهذا ونحوه

(الثاني) المحل وشروطه اربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن بيعه فلا يصح رهن المنافع ورهن المدبر ابطال للتدبير على رأي (متن)

هو المعبر عنه بالامانة الشرعية حيث أن الشارع جعله امينا عليه دون المالك لان المالك لم يرض بكونه في يده ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث ذهب الى انه اذا قضاه يكون مضمونا واذا ابرأه ثم تلف الرهن في يده لايضمنه استحسانا وهو تحكم بل ينبغي العكس فانه مع القضاء يكون المالك عالما بانفكاك ماله فاذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه امانة واما الابراء فقد لا يعلم به الراهن قال في (التذكرة) وينبغي ان يكون المرتهن اذا ابرأ الراهن من الدين ولم يعلم الراهن أن يعلمه بالابراء او يرد الرهن عليه لانه لم يتركه عنده الاعلى سبيل الوثيقة بخلاف ما اذا علم به لانه قد رضي بتركه في يده ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني المحل وشروطه أربعة ان يكون عينا مملوكة يصح قبضه للمرتهن ويمكن بيعه ﴾ كما صرح بذلك كله في (الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة) وصرح في (الغنية والسرائر وجامع الشرائع وكنز العرفان) وغيرها باشتراط كونه عينا يمكن بيعه وقد يلوح من الاولين الاجماع على الامرين حيث حكيا الخلاف فيهما في القبض ولم يحكياه فيهما وستسمع عند التفريعات الاجماعات والبراعات والشهرات والمراد بكون الرهن مملوكا ما هو اعم من ملك الاصل والمنفعة كالمستعار وهذه الشرائط ليست على وتيرة واحدة فمنها ما هو شرط الصحة وهو ماعدى المملوكية فانها شرط اللزوم باعتبار رهن ملك الغير ولا يضر لانها شروط في الجملة ولان المملوكية المطلقة من شروط الصحة وصدوره عن المالك او اجازته من اسباب اللزوم فصح التفريع على الامرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يصح رهن المنافع ﴾ اجماعا كما في (المسالك) وقد يظهر من جماعة لكنه في (المختلف) صرح بوجود المخالف ولم يسمه ولم نجده لاحد من الخاصة والعامة في التذكرة والخلاف ولعله اشار الى ماذهب اليه جماعة من صحة رهن خدمة المدبر كما ستسمع لان الدين أن كان مؤجلا فالمنافع تتلف الى حلول الاجل فلا تحصل فائدة الرهن وان كان حالا فبقدر ما يتأخر قضاء الدين يتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيثاق ولان المنافع لا يصح اقباضها الا باتلافها فكان عدم الصحة متجها على القول باشتراط الاقباض و بدونه وتأمل فيه الشهيد الثاني في حاشيته على الروضة بان استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط بل منه أو من بدله ولو ببيعه قبل الاستيفاء كما لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبله والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها بان يؤجر العين ويجعل الاجرة رهنا وقريب منه القبض لامكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ويكون عوضها رهنا ثم قال الا أن يقال أن ذلك خروج عن المتنازع اذ لا كلام في جواز رهن الاجرة انما الكلام في المنفعة نفسها والفرق بينها وبين ما يتسارع اليه الفساد امكان رهنه والمانع عارض (قلت) الفرق بينهما ان الاذن في البيع معلوم بقرينة ظاهرة وهو قصد كل منهما حفظ ماله الا أن تقول أن ذلك جار فيما نحن فيه فليتأمل وقوله والمانع عارض لاوجه له لان المقتضي للفساد فيما يتسارع اليه الفساد موجود وقت الرهن ولا كذلك الحال في الحنطة اذا تعفنت فانه يجب بيعها وجعل الثمن رهنا قطعا كما في الايضاح كما ستسمع وقال في (التذكرة) وانما جعل تسليم العين قبضا في الاجارة لمكان الحاجة الى المنافع ولا حاجة الى رهن المنافع وان قبض العين ليس قبضا تاما في الاجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ورهن المدبر ابطال لتدبيره على رأي ﴾ موافق (للشرائع والتذكرة والارشاد)

وشرح الارشاد لولده والتحرير والمختلف والتلخيص واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبته الى الاكثر وهي في محل النظر الا أن يراد اكثر المتأخرين نعم في (المبسوط والسرائر) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير لان التدبير وصية ورهنه رجوع فيها وان قلنا ان الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا لانه لا دليل على بطلانه فعلى هذا اذا حل الأجل في الدين وقضاه المدين من غير الرهن كان جائز وان باعه كان له ذلك وفي (الخلاف) اذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير وصح الرهن ان قصد بذلك فسخ التدبير وان لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن واستدل بعدم الخلاف والاجماع على ان التدبير بمنزلة الوصية قال والوصية له الرجوع فيها فكذا التدبير وقال فأما اذا لم يقصد الرجوع فلا دلالة على بطلانه الى ان قال وان قلنا ان الرهن صحيح والتدبير بحاله كان قويا انتهى لكنه في (الدروس) قد نسب الى اكثر القدماء انه لا ينقض تدبيره لو باعه أو وهبه ولما ينقض تدبيره وهو كذلك فعن الحسن أنه قال يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشتري فيكون الولاء له وعن ابي علي انه يبيع خدمته مدة الحيوة وقال الصدوق في (المقنع) انه لا يصح بيعه الا ان يشترط على المشتري اعتاقه عند موته وقال المفيد في (المقنعة) اذا باع ومات تحرر فلا سبيل للمشتري عليه وقال الشيخ في (النهاية) انه لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره الا ان يعلم المشتري ان البيع للخدمة قال في (الدروس) وتبعه على ذلك جماعة قلت منهم صاحب الجامع وقد يفهم ذلك من الوسيلة وحكى في الدروس عن الحليين الا الشيخ يحيى انهم على بطلان التدبير بمجرد البيع وعن ابن ادريس انه حمل بيع الخدمة على الصلح مدة حيوته وعن الفاضل انه حمل بيعها على الاجارة مدة فمدة قال وقطع المحقق ببطلان بيع الخدمة لانها منفعة مجهولة والروايات مصرحة بها وان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته وعورضت برواية محمد بن مسلم هو مملوكه ان شاء باعه وان شاء أعتقه وأجيب بحمل البيع على الرجوع قبله توفيقا والجهالة في الخدمة غير قادحة لجواز استثناء هذا من القواعد المرعية على أن المقصود من البيع في جميع الاعيان هو الانتفاع ولا تقدير لأمده فالعمل على المشهور وتخريجه على تناول البيع الرقبة ويكون كشرط العتق باطل بتصريح الخبر والفتوى بتناول البيع الخدمة دون الرقبة انتهى وهذا وان كان في البيع والهبة الا انهما اذا كانا لا يبطلانه أي التدبير فالرهن بالاولى ان لا يبطله واستوجه المصنف في تدبير التحرير عدم بطلانه بالرهن وكانه مال اليه في الروضة ولعله متوقف فيه في المسالك وفي (مجمع البرهان) الظاهر الصحة في الرهن وعدم ابطاله التدبير لعموم ادلة الرهن وجواز التصرف في المدبر ولكن لما لم يكن بينه وبين الرهن منافاة فالظاهر بقائه موقوفا فان بيع في الدين بطل تدبيره وان لم يبع بقي مدبرا ويؤيده انه لو كان بينهما منافاة لزم عدم صحة الرهن لوجود التدبير قبله وعلى تقدير بطلان التدبير بالرهن انما يبطل بعد تمام الرهن وصحته وهو غير معلوم الصحة هنا لورود العقد على المدبر الذي لا يجتمع رهنه مع تدبيره ولاجل هذا قيل بعدم صحة بيعه الا بعد ابطال التدبير على ان البطلان بعد تمام الرهن لا ينفع لوقوع الصيغة على المدبر الا ان يقال يبطل قبل الصيغة آناما كما في العبد المأمور بعتقه ولكن انما قيل بذلك هنا للضرورة وهي مفقودة هنا لعدم النص والاجماع وسيأتي في رهن البائع ماله خيار فيه ان الفسخ يحصل بالقصد المقارن وقد ذهب جماعة في باب القصاص الى ان العبد المدبر اذا قتل عمدا واختار أولياء المقتول استرقاقه انه لا يبطل تدبيره والذاهب الى ذلك المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية والتهذيب والمصنف والفاضل الهندي وحكي عن الكاتب والصدوق

فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي (متن)

ولهم على ذلك أخبار لكن الاكثر على بطلان تدبيره (وحجة) القائل بالبطلان ان التدبير من الصيغ الجائزة كالوصية فاذا تعقبه الرهن أبطله كما لو تعقبه غيره من العقود كالبيع والهبة لكون ذلك رجوعا عنه لان الغرض من العقود المملكة ملك من انتقل اليه ولا يتم الا بالرجوع والغرض من الرهن استيفاء الدين من قيمته فهو مناف للتدبير وبنى في (جامع المقاصد) القولين على ان التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية بالعتق فعلى الاول لايبطل وعلى الثاني يبطل وهذا غير مستقيم على مذهبنا لاجماعنا كما في (الخلاف والمسالك) وظاهر السرائر على جواز الرجوع بالتدبير فيكون وصية وانما بنى هذا البناء أصحاب الشافعي ونقل في (الكفاية) في المسئلة اقوالا ثلثة القول بصحة الرهن وان رهن رقبته ابطال لتدبيره والقول بعدم الصحة والقول بان التدبير مراعى بفكه فيستقر او يأخذه في الدين فيبطل انتهى والقول بعدم الصحة لم نعرفه ولا نقله احد الاما سمعته في عبارة الخلاف على بعض الوجوه وهو ما اذا لم يقصد الفسخ وصاحب الكفاية اطلق وتعبيره عن القول الثاني أعني صحة الرهن والتدبير بان التدبير مراعى الى آخره غير جيد فانه تعبير باللازم هذا وفي (النهاية والمقنعة والمبسوط) انه اذا دبر الراهن المملوك كان باطلا قال في (المبسوط) لانه ليس له التصرف فيه وفي (المختلف) انه لا يبطل ولعل غرض المصنف من ذكر هذه المسئلة هنا انما هو باعتبار ما بعدها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو شرط رهن الخدمة فيه بطل على رأي ﴾ موافق (للشرائع والتذكره والمختلف وغاية المرام والمسالك ومجمع البرهان) ونسبه في (الايضاح) الى من عدى الشيخ في النهاية قال ذهب الشيخ في النهاية الى انصراف البيع والرهن الى منافعه فعلى هذا لو شرط رهن الخدمة صح عند الشيخ رحمه الله ولم يصح عند الباقين انتهى (قلت) كلامه منظور فيه لان الشيخ في النهاية لم يتعرض لرهن المدبر لا في الرهن ولا في التدبير وانما تعرض لبيعه كما سمعت وقد عرفت ان جماعة وافقوه على ذلك وان الشهيد نسبه في تدبير الدروس الى المشهور تارة والى الاكثر أخرى ثم قال ان الخبر والفتوى صريحان في تناول المبيع للدمة وقد ذكروا ضابطة وهي ان ماصح بيعه جاز رهنه ذكرها الشيخ والمصنف في (الخلاف والمبسوط والتذكره) والشهيد في قواعده فكان هؤلاء موافقين للشيخ في (النهاية) في صحة رهن الخدمة ولهذا قال الشهيد في (الدروس) في المقام ان خدمة المدبر يصح رهنها وفاقا للجماعة وقد سلف انتهى وأشار الى أكثر القدماء بقوله جماعة كما عرفت وبعض متأخري المتأخرين أنكر القاعدة والرواية الدالة على جواز بيع خدمة العبد ولم نجد من طعن في القاعدة صريحا غير المولى الاردبيلي قال ليس كل مايجوز بيعه يجوز رهنه نعم العكس صادق وستسمع في رهن الطير في الهواء تصريحهم بصدق الاصل وعدم صدق العكس عكس ماقال لكن سيأتي في رهن أم الولد والمرتد ماقد ينافي ذلك وعساك تقول من لم يصحح رهن الخدمة قائل بعدم صحة القاعدة (قلت) لاملازمة قطعا اذ لعله لم يظفر بالرواية اولا يقول بصحة بيع المنافع مطلقا وان وردت به رواية لمنافاتها القواعد المرعية وستعرف ان عباراتهم طافحة بهذه القاعدة في رهن الدين وغيره في مواضع ستسمعها ان شاء الله تعالى وأما الرواية فقد اعترف بها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وغيرهما وقد سمعت ان الشهيد قال والروايات مصرحة بها فكان هناك روايات وليس مايحكونه الا كما يروونه

ولا رهن الدين (متن)

وقد روي في (الهداية) عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل أعتق جاريته عن دبر أيطأها ان شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها مدة حيوته قال أي ذلك شاء فعل فلا تصغ الى مافي الحدائق من احتمال كونها من روايات العامة حيث لم يقف عليها بعد التتبع وخص المصنف منافع المدبر بالذكر لمكان الرواية والخلاف والا فهي من جزئيات رهن المنافع وقد تقدم عدم جواز رهنها ووسط قوله ورهن المدبر الى آخره تمهيدا لذلك ونحو ذلك مافي الشرائع فيكون قوله فلو شرط متفرعا على قوله ولا يصح رهن المنافع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا رهن الدين ﴾ كما في (الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والدروس وجامع المقاصد) وكذلك النافع والتحرير والتبصرة وفي (الكفاية) انه المشهور اما لعدم جواز بيعه ان قلنا به أو لاشتراط القبض وعدم امكانه فيه لانه أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه وما يقبض بتعيين المديون ليس نفسه وان وجد في ضمنه واحتمال جوازه على هذا القول أعني اشتراط القبض والاكتفاء في القبض بما يعينه المديون بناء على صدق قبض الدين عليه عرفا كهبة ما في الذمة فرع وجود عموم في الادلة يتناول ذلك اذ المتبادر من الادلة قبض المرهون نفسه لاما هو فرد من افراده وصدق القبض عرفا لا يستلزم القبض المتبادر من الادلة فلم يتم ما احتمله في الدروس والروضة من الصحة كهبة ما في الذمم وانه يجتزي بقبض ما يعينه المديون وقد قال بها في (المسالك) ومال اليها في مجمع البرهان تمسكا بالاطلاق والتفاتا الى ماذكر وان كان القبض شرطا وقد عرفت الحال في هذا الاطلاق وستعرف أيضا ان هذا القول على اطلاقه محل نظر بل قد تقول بعدم صحة رهن الدين وان قلنا بعدم اشتراط القبض كما هو خيرة الكتاب لا لأنه لا يصح بيعه كما قيل بل لعدم المنافاة بين عدم اشتراطه أي القبض واعتبار كونه مما يقبض مثله مضافا الى الوقوف على ظواهر الاصول وعدم الاكتفاء في الخروج عنها بمجرد الاطلاقات المتبادر منها غير ما نحن فيه وأما عمومات الوفاء بالعقود فتصرف الى مايتبادر من اطلاقات نصوص الرهن لانا اذا لحظناها ولحظنا ماورد في بعضها مما هو كالتعليل لشرعية الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل في اغلب افراد ما نحن فيه حصل لنا الظن المعتد به بأن عقد الرهن لايصح الا فيما يمكن قبضه وان لم نشترط اقباضه فمضمون العقد الذي يجب الوفاء به هو الصحيح الشرعي والذي يكون المرهون فيه بنفسه مما يمكن قبضه كما سيأتي في نظائره من عدم لزوم الوفاء فيما لا يمكن قبضه و بيعه كالحر وشبهه فليتأمل ومن هنا يندفع تعجب الشهيدين من المصنف في الكتاب حيث قال بعدم اشتراط القبض وعدم صحة رهن الدين نعم لو كان قد صرح في الكتاب بالبناء المذكور في التذكرة لم يتجه الاعتذار عنه بما ذكرناه لكنه لا يعلم ان رأيه في الكتاب مبني على ماقاله في التذكرة قال فيها لايصح رهن الدين ان شرطنا في الرهن القبض لانه لايمكن قبضه انتهى وقد يستدل على عدم جواز رهن الدين بأن أخذ الرهن ليس الا من جهة عدم الوثوق باستيفاء ما في الذمة فكيف يستوثق باستيفائه بمثله وفيه مع اختلاف الناس في القضاء والديون انه لايجري لو كان الدين المرهون على المرتهن نفسه فان الاستيثاق حاصل كالقبض بناء على ان مافي الذمة مقبوض فلو وجد القائل بالفصل وقلنا ان مافي الذمة مقبوض وقلنا بتناول الاطلاقات الدالة على اشتراط القبض لهذا الفرد لكان القول به جيدا جدا ومن هنا مضافا الى سابقه يظهر ان الاستناد الى الاطلاقات في الجواز على الاطلاق أي حتى لو كان الدين المرهون على غير المرتهن

ولا مالا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ولا رهن ما لا يصح تملكه كالحشرات اولا مالا يملكه المسلم ان كان احدهما مسلما كالخمر وان كان المرتهن ذميا او الراهن عبد المسلم وان وضعها على يد ذمي على رأي (متن)

مع اشتراط القبض في محل التأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ما لا يملك فيقف على الاجازة ولو ضمه مع المملوك مضى فيه ووقف الآخر على اجازة المالك ﴾ كما في (الشرائع والنافع والتذكرة والارشاد والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة) وغيرها اذ المعروف المشهور بين الاصحاب جريان العقد الفضولي في سائر العقود وقد عرفت المخالف في ذلك في باب البيع والشيخان في (المقنعة والنهاية) نصا في المقام على بطلان الرهن فيما لا يملك ولذلك نسب الحكم هنا في الكفاية الى المشهور وقال في (الروضة) انه يصح على اشهر الاقوال وقال في (مجمع البرهان) قد مر في باب البيع التأمل في دليله ويزيد هنا عدم الدليل على جواز الفضولي في الرهن الا القياس على البيع والشراء أو عدم القائل بالفرق ان صح (وفيه) أنه ليس من القياس في شيء اذ ليس المراد بالعقود في الكتاب والسنة العقود الصادرة عن مباشرة الملاك والا لم يدخل عقد ولي ولا وكيل بل المراد التي يرتضونها هم أو أولياتهم ويستوي فيها الرضا السابق بالتوكيل أو المقارن أو المتعقب بالاجازة وبه يظهر معنى قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض) وليس معنى التجارة مجرد العقد (والحاصل) أنا ندعي استقامة السيرة على العقود الفضولية وفيما دل على صحة نكاح الفضولي من اجماع وأخبار ابين شاهد على ثبوتها في باقي العقود وكذلك الاخبار الواردة في اقتراض الوصي غير الملي مال الصبي ليتجر به وأخبار الخمس من تحليل المناكح والمساكن الى غير ذلك من اجازة صاحب المال المجهول مالكه الذي تصدق به عنه واللقطة الى غير ذلك مما مر بيانه في باب البيع وقد يستشكل في الصحة مع الضميمة اذا جهل المرتهن بالحال ولم يجز المالك على القول باشتراط تعيين المرهون وعدم صحة ما فيه جهالة وكذلك على القول بعدم الاشتراط والاكتفاء بالتمييز في الجملة لعدم التمييز في المسئلة وهو اشكال واه فاسد كما تقدم بيانه في باب البيع ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان الرهن واحدا متاعا بينهما أو كان قد رهن ملكين صفقة أحدهما له والآخر لصاحبه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا رهن مالا يصح تملكه كالحشرات ﴾ ومالا منفعة فيه كفضلات الانسان وأشباهها مما لا يعد ملكا للاجماع المحكي في (المبسوط) على عدم صحة بيع ذلك كما أوضحناه في باب المكاسب وبينا المراد من الحشار وكذلك الحر لا يصح رهنه اجماعا عند مسلم وكافر من مسلم وكافر اذ لا شبهة في عدم ماليته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومالا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً كالخمر ﴾ والخنزير اذ لا خلاف في عدم صحة رهنهما اذا كان الراهن مسلما وكذا اذا كان المرتهن كذلك ولم يضعهما عند ذمي كما ستعرف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان المرتهن ذمياً أو الراهن عند المسلم (أو الرهن عبداً لمسلم خل) أو الرهن عبد المسلم (خل) وان وضعها على يد ذمي على رأي ﴾ أشار الى ماقاله الشيخ في (المبسوط والخلاف) قال اذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهن بذلك خمرا يكون على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق فباعها وأتى بثمنها جاز له أخذه ولا يجبر عليه وزاد في (الخلاف) أن له ان يطالب بما لا يكون ثمن محرم هذا كلامه في الكتابين ولم يحتج بشيء مما ذكروه له من أن حق الوفاء الى الذمي فيصح كما لو باعه وأوفاه ثمنه لكنه مستنبط من كلامه والفرق واضح لان الرهن يؤول الى

ولاالارض المفتوحة عنوةويصح رهن الأبنية والاشجار فيها ولا رهن الطير في الهـواء ولا السمك في الماء (متن)

بيع الحاكم بخلاف المبيع فانه يبيعه الذمي وقدلك أطبق من تأخر عنه ممن تعرض للفرع المذكور على خلافه كابن ادريس على ماحكاه عنه فيتخليص التلخيص والمحقق والمصنف في كتبه وولده والشهيدان والمحقق الثاني والصيمري والمقدس الاردبيلي وغيرهم وستعرف الحال في رهن العبد المسلم أوالمصحف عند كافر على يد مسلم وقد عطف المصنف بان الوصلية للتنبيه على اندراج هذه المسائل التي هي في محل الخفاء في اطلاق قوله ولا ما لا يملكه المسلم ان كان أحدهما مسلماً فان كون المرتهن ذمياً قد يتخيل بسببه صحة الرهن لان مقصوده عائد عليه وليس كذلك لان الرهن انما يصح اذا كان للراهن سلطنة ملك على الرهن أو مافي حكمه كالمستعار وكذلك لو كان الراهن عبدا لمسلم وهو ذمي فان يده يد مولاه وكذا لو وضع المسلم الخمر على يد ذمي لان الذمي حينئذ وكيل المسلم فيده يده وفي بعض النسخ أو الرهن عند المسلم بحذف ألف الراهن وقرائة عند بالنون لكن هذه العبارة حينئذ قبح اذ ليس هذا فردا خفيا فان جعل الخمر مرهونة عنـد المسلم ليس أخفى ليعطف على المعطوف بان ولو ضم اليه وضعها على يد ذمي لوجب اسقاط ان الاخرى ولو أنه قال وان كان المرتهن ذمياً والرهن عند المسلم على يد ذمي الى آخره لكان أولى كذا قال في (جامع المقاصد) ونحوه ما حكي عن ابن المتوج والمناسب في مقابلة كلام الشيخ أن يقرأ الراهن عند المسلم باثبات ألف الراهن ونون عند لكن يرد عليه ماذكر أخيرا وهو سهل وقد يرشد اليه قوله على رأي وقد يكون عائدا الى الجميع ﴿قوله﴾ ﴿ ولا الارض المفتوحة عنوة ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والدروس) وغيرها مع التعبير في أكثر هذه بأرض الخراج ولعله ليشمل الارض التي صولح اهلها على ان تكون ملكا للمسلمين وضرب عليهم الخراج وقداستوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بمالا مزيد عليه وهـذا يصح تفريعه على الثاني لعدمه واحتمال كونه من باب بيع مايملك ومالا يملك مردود بانتفاء العلم والقدرة مع عدم امكان الاجازة وتفريعـه على الرابع لعدمهما أي العلم والقدرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح رهن الابنية والاشجار فيها ﴾ كما (في الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان) مع التقييد في الاربعة الاخيرة بما اذا لم يكن البناء معمولا من ترابها واليه أشار في (المبسوط) في أرض الوقف وقد يقال بالجواز في ذلك كما هو ظاهر اطلاق الباقين عملا بما استمرت عليه السيرة من بيع الاباريق والجحلات والحبوب والسبح الحسينية على مشرفها السلام وغير ذلك مما يعمل من ترابها فتأمل وظاهر العبارة وما كان نحوها كصريح التذكرة والتحرير أن الارض لا يصح رهنها معهما فان فعل جاء حكم تبعض الصفقة مع انه في بيع التذكرة والكتاب جوز بيعها معهما ولا أجد فرقا الا ان الآثار قد تزول قبل حلول أجل الدين فلا يصح بيع الارض فتأمل وان الاخبار هناك دلت بظاهرها على جواز بيعها مطلقا فنزلت على مااذا تصرف فيها بهما ولم يرد هناك شيء من الاخبار لكن ذلك لا يصلح للفرق لان ما جاز بيعه جاز رهنه وقد بينا في باب البيع أنه يجوز بيعها بالتبع واستوفينا الكلام في ذلك الباب بما لم يوجد في كتاب وفي (الدروس) لو قلنا بملكها تبعا لها جاز رهنها وهو خيرة المسالك ﴿قوله﴾ ﴿ ولا رهن الطير في الهواء

ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر فأن وضعهما (وضماخ ل) على يد مسلم فالاقرب الجواز وكذا يجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ولا رهن الوقف (متن)

ولا السمك في الماء ﴾ كما (في الشرائع والارشاد) وفي حواشي الكتاب اذا جرت عادة الطير بالرجوع الى البرج يصح رهنه وكذا السمك في الماء اذا كان مملوكا محصورا وقبضه ممكن ونحوه ما في جامع المقاصد والمسالك وتمام الكلام في باب البيع ولعل هذا منهم مبني على اشتراط القبض ولو لم يشترط القبض امكن القول بالصحة مطلقا لعدم المانع وتوهم تعذر استيفاء الحق من ثمنه لعدم صحة بيعه يندفع بامكان الصلح عليه وكلية ما صح بيعه صح رهنه ليست منعكسة كليا عكسا لغويا وقد تقدم مثله في الدين فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا العبد المسلم او المصحف عند الكافر وان وضعهما على يد مسلم فالاقرب الجواز ﴾ وفي (المبسوط والشرائع) انه اولى ونحو ذلك ما في الارشاد وشرحه لولده والايضاح والدروس واللمعة وحواشي الكتاب وغاية المرام والروضة واستحسنه في المسالك واستظهره في مجمع البرهان وقال فخر الاسلام في(شرح الارشاد) والشهيد في حواشي الكتاب الا أن يكون المرتهن وكيلا في البيع فانه لا يصح ولم يرجح في التحرير وحكى المنع من ذلك في المختلف عن بعض علمائنا وقال انه اولى وهو ظاهر ابن الجنيد حيث قال فيما حكي عنه ولا اختار ان يرهن الكافر مصحفا ولا ما يجب على المسلم تعظيمه ولا صغيرا من الاطفال ومنع في (التذكرة) من رهنهما عند الكافر وقضيته الاطلاق بقرينة ما ذكره من طريقي الشافعي فيكون مخالفا للكتاب وقد استوفينا الكلام في باب البيع (حجة القول بالجواز) ان المقتضي موجود والمانع مفقود اذ لا مانع الا الكفر وهو انما يمنع اذا استلزم ثبوت سبيل له لكنه لا يستلزم ذلك اذ الرهن ليس بتمليك ولا يستلزم استحقاق تملك و بما يستلزم منع المالك عن التصرف وذلك لا يستلزم سبيلا للغير لانه ممنوع ايضا ويستلزم ايفاء دينه من ثمنه ولا ريب انه يجوز ايفاء دين الكافر من ثمن المصحف والعبد و يستلزم ان يباع في دينه والبائع هو الوكيل والحاكم وعلى كلا التقديرين هو ليس سبيل كما لو مات ولم يخلف غيرهما او حجر عليه لدين الكافر .ليس له سواهما وقد استشكل الفرق على صاحب الحدائق وشيخنا صاحب الرياض بين ما نحن فيه و بين ما اذا رهن الذمي الخمر عند المسلم على يد ذمي والفرق واضح كما اشرنا اليه آنفا لان الرهن يؤول بالآخرة الى بيع الحاكم ولا يجوز له ان يبيع الخمر وله ان يبيع المصحف والعبد المسلم وفي (المبسوط) أن أحاديث النبي وأهل بيته صلى الله عليهم بمنزلة المصحف وفي (التحرير) أن الاقرب كراهية رهن الاحاديث وكتب الفقه ولابد أن يلحظ المقام في باب البيع وفي رهن السلاح من الحربي احتمالان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز رهن الحسناء عند الفاسق لكنه يكره ﴾ نبه بذلك على أقاويل للعامة في ذلك ذكرها في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا رهن الوقف ﴾ وان اتحد الموقوف عليه للمنع من صحة بيعه أو لعدم ملكه أو تمام ملكه وعلى تقدير جواز بيعه على بعض الوجوه فان بعضه لا يتعدى بثمنه عن شراء وقف على بعض الآراء وما يباع للحاجة قد يتطرق اليه في وقت الاحتياج الى بيعه عدمها فلا يكون مقصود الرهن حاصلا ولعله لذلك أطلق من تعرض له كالمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدروس واطلاق كلامهم في الوقف يعطيه ولو قلنا انه يباع ولا يجب اقامة بدله كما اذا بيع لخوف تلفه مع شدة حاجة أهله كما هو مذهب بعضهم كالمفيد

ولا المكاتب وان كان مشروطا وفي رهن ام الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى أشكال ومع يساره اشكل (متن)

والسيد والشيخ في النهاية وأبي يعلى أمكن رهنه وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب البيع بما لم يوجد في كتاب ﴿قوله﴾ ﴿ولا المكاتب﴾ عندنا لانا سواء كانت مشروطة أو مطلقة لانها عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين منه لانه لا يصح بيعه كما ذكر ذلك كله في (التذكرة) وقال نعم لو كانت الكتابة مشروطة وعجز فانه يصح رهنه لان للمالك حينئذ فسخ الكتابة وقد يكون الرهن فسخا لها قلت وقد مر نظيره في المدبر فتدبر ﴿قوله﴾ ﴿وفي رهن ام الولد في ثمن رقبتها مع اعسار المولى اشكال﴾ نسب في (الايضاح وحواشي الكتاب) للشهيد الى الاصحاب المنع من رهن امهات الاولاد وظاهرها الاجماع على ذلك ولعلهما فهما ذلك من اشتراطهم في الرهن ان يكون مما يجوز بيعه وهو محل تأمل ولم أجد من صرح بذلك أي المنع من رهن امهات الاولاد مطلقا غير ابن سعيد في جامع الشرائع والمصنف في التذكرة وقد يظهر ذلك من السرائر وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ولم يتعرض لذلك في المقنعة والمراسم والنهاية والخلاف والوسيلة والجواهر وغيرها بل قد يظهر من موضعين من المبسوط وكذا الغنية الجواز على الاطلاق كما حكي عن أبي علي وقد نفى عنه البعد في المختلف وقال في (جامع المقاصد) ان فيه قوة واختير الجواز في ثمن رقبتها مع اعسار المولى في (التحرير والدروس) والمنع كذلك بل مطلقا كما عرفت في الايضاح وجامع المقاصد حجة المنع وان جاز بيعها حينئذ الاجماع الظاهر من الفخر والشهيد كما سمعت وانه يجوز ايسار المولى فيمتنع البيع فتنتفي فائدة الرهن كما هو الشان في رهن الوقف عند الاحتياج كما مر لان دوام التمكن من البيع شرط في الرهن والا كان كعدمه فتامل فكانت(١) الاولوية التي استند اليها في (الدروس) في الجواز وجعلها غيره أحد وجهي الاشكال ممنوعة لعدم اطراد الكلية(٢) في المقام وأما جواز البيع وان كان الاصل عدمه لانقطاع اصل الجواز عندنا قطعا فلان المقتضي موجود والمانع بالاعسار للاجماع مفقود ولا كذلك الرهن لعدم العلم بفقد المانع لعدم تحقق معقد الاجماع وهو الاعسار الذي هو علة لارتفاع المانع ولا يلزم من ذلك أن لا يجوز رهن المرتد عن فطره والجاني لبقاء المالية فيهما كما ستسمع واطلاق عبارة الكتاب وغيرها يقتضي عدم الفرق بين حيوة مولاها وموته ﴿قوله﴾ ﴿مع يساره أشكل﴾ لامتناع البيع حينئذ فيكون جواز الرهن حينئذ ابعد ولذلك جزم في الدروس هنا بعدم الجواز وقال في (التحرير) لو جوزنا رهنها مطلقا لم يجز بيعها مادام ولدها حيا وبنى في (الايضاح) هذه المسئلة على ان صحة الرهن هل هي مشروطة بامكان البيع بالفعل دائما او امكانه في الجملة قال والحق الاول فلا يجوز رهن أم الولد هنا قطعا وجعل اشكال المصنف مبنيا على الوجه الثاني قال وعلى الثاني وهو مراد المصنف منشأ الاشكال ان الرهن ليس باخراج عن الملك ولجواز الاعسار وجواز موت الولد وليس من لوازم الرهن البيع قطعا ومن حيث ان الرهن أثره امكان استيفاء الدين منه أو من ثمنه ولا يمكن الا بالنقل عن ملك الراهن الى غيره وكونها أم ولد مضاد له لا يمكن اجتماعه معه وامتناع

---

(١) يعني اذا جاز بيعها كان رهنها أولى (منه طاب ثراه)(٢) أي كل ما جاز بيعه جاز رهنه (منه)

وفي غير الثمن اشد اشكالا ويصح رهن ذي الخيار لأيهما كان (متن)

الاجتماع مع اللازم أي البيع يستلزم امتناعه مع الملزوم أي الرهن وكونها أم ولد ثابت فينتفي أثر الرهن الى آخر ماقال وفي البناء المذكور نظر لانه قد توجه منشأ الاشكال مع قطع النظر عن البناء المذكور فمنشأ الصحة ان الرهن ليس بيعا وقد لايفضي الى البيع فلا يجب الحكم بطلانه فيمالا يصح بيعه اصلا لامكان حصول الفائدة منه وهي معنى التوثق بوجه آخر فان المالك اذا صار محجورا عليه في ماله بحيث يمنع من نحو العتق مثلا كان ذلك سببا باعثا له على اداء الدين وزوال الحجر وأما وجه العدم فواضح لكن يضعف وجه الصحة بان المقصود الاصلي من الرهن استيفاء الدين من قيمته فلا بد فيه من صلاحيته لذلك لانه معرض لذلك وان كان قد يحصل الاداء بوجه آخر وقال الشهيد في حواشيه في قوله اشكل نظر لان افعل التفضيل لايبنى من رباعي الا ماشذ نحو ماأعطاه وما أكرمه (قلت) مذهب سيبويه وهو الرئيس ان بناء أفعل التفضيل من افعل مقيس وقد قالوا هو أعطاهم للدراهم وأولاهم للمعروف وأكرم لي من زيد وهذا المكان أقفر من غيره وفي المثل أفلس من ابن المذلق وقد استعمل في الرباعي من غير باب افعل كما في النبوي فهو لما سواه أضيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي غيره أشد اشكالا ﴾ وجه الاشكال ماذكرناه أو ماذكر في الايضاح من امكانه بالفعل أو بالجملة وجزم في (الدروس) بانه لا يجوز رهنها في غير ثمنها موسرا كان المولى أو معسرا ووجه الشدة ان امكان البيع ثمَّ أقرب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح رهن ذي الخيار لايهما كان ﴾ وقال في (الشرائع) يصح الرهن في زمن الخيار سواء كان للبائع أو للمشتري أولهما لانتقال البيع بنفس العقد ونحوها عبارة اللمعة وقد حملها في الروضة على خلاف المراد منها وقال في (الدروس) رهن ذي الخيار جائز ويكون من البائع فسخا ومن المشتري اجازة عند الفاضلين فمراده بذي الخيار صاحب الخيار على الظاهر وظاهر نسبته ذلك الى الفاضلين التأمل في ذلك لكنه يحتمل انه متامل في الطرفين أو فيما اذا كان من طرف البائع والظاهر الثاني لانه لاتامل في ان تصرف المشتري فيما له فيه الخيار التزام واجازة وكانه لذلك قال في (المسالك) لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا اشكال ويكون الرهن مبطلا للخيار ولذلك أيضا نص في التحرير على المشتري وسكت عن البايع واستشكل فيما اذا رهن الموهوب الذي يصح رجوعه فيه قال لو باع عبدا بالخيار له أو لهما فرهنه المشتري في مدة الخيار جاز وعند الشيخ لا يجوز بناء على قوله بعدم الانتقال الا بعد الخيار ولو رهنه المشتري في مدة خياره لزم البيع الى أن قال وكذا لو رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه هل يكون رجوعا اشكال انتهى ويأتي الكلام في الموهوب عند تعرض المصنف له وفهم في المسالك من الشرائع من التعليل ان الراهن هو المشتري بناء على انتقال الملك اليه وان كان ثمَّ خيار واستشكل في جواز رهن المشتري لو كان الخيار للبائع أو لهما وان قلنا بملكه لما فيه من التعرض لابطال حق البائع قال ومثله بيعه وما أشبهه من الامور الناقلة للملك وقال ويجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لهما ويكون فسخا للبيع ونحن نقول اذا رهنه البائع فاما أن يكون له الخيار خاصة أو للمشتري خاصة أولهما وكذلك الشان فيما اذا رهنه المشتري فان كان قد رهنه البائع والخيار له خاصة كان ذلك فسخا فالقاعدة المشهورة بل المجمع عليها كما بينا ذلك في باب الخيار وهل يصح الرهن حينئذ أولا يصح لان الشيء الواحد لا يحصل به (العقد خ ل) الرهن والفسخ معا قولان أقواهما الاول

ورهن الأم دون ولدها الصغير وان حرمنا التفرقة (متن)

لان المحصل للفسخ والملك القصد المقارن فيحصلان قبله كما هو المشهور كما بيناه في آخر باب الخيار ايضا ومنه يعرف ما اذا رهنه والخيار لهما وما اذا رهن الموهوب مما يصح رجوعه فيه وأما حيث يرهن البائع والخيار للمشتري خاصة ففيه احتمالان الصحة فيكون كرهن مال الغير يتوقف على الاجازة وعدمها لان المشتري قد يمضي فيفوت الوثوق الذي هو مقتضى الرهن فتأمل (وأما) اذا رهنه المشتري والخيار له خاصة فلا ريب في أنه اجازة وفي صحة الرهن كما لو وطئ أو أعتق أو باع وقد حكى على ذلك الاجماع جماعة ولم يتأمل في ذلك أحد الا المقدس الاردبيلي والخراساني كما بيناه في باب الخيار أيضا وأما اذا رهنه المشتري والخيار لهما أو للبائع خاصة فيرشد اليه ماقالوه في باب البيع من انه لو باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البائع أو خيارهما لم ينفذ الا باذن البائع وصرح جماعة في باب الزكوة ان المشتري ممنوع من كثير من التصرفات المنافية لخيار البائع كالبيع والهبة ونحوهما وقالت الشافعية لاينفذ شيء من هذه العقود مطلقا ولم يقل بذلك أحد منا فيما أجد ولو رهن غريمه المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالاجود المنع ثم عد الى عبارة الكتاب وظاهرها ان من ثبت له الخيار بالشركة او لاستقلال يصح له رهن ماله فيه الخيار عند غيرهما أو عند أحدهما اذا أمكن وقد احتمل المحقق الثاني في العبارة وجوها ثلثة قال يمكن أن يكون المصدر مضافا الى مفعوله والمعنى يصح رهن ما فيه الخيار فيكون الجار والمجرور متعلقا بيصح أي يصح ذلك لكل من ثبت له الخيار منهما فيكون المجرور في خبر كان هو العائد وفيه تكلف لان ذا الخيار هو صاحبه فيكون المصدر مضافا الى فاعله أي يصح رهن صاحب الخيار مافيه الخيار ومتعلق الجار في لايهما محذوف والجار والمجرور في موضع الوصلية وكان فيه ناقصة هي صلة الموصول والتقدير وان كان الخيار لاي المتعاقدين كان له ويمكن ان يكون متعلق الجار والمجرور محذوفا على انه حال من الخيار والتقدير ويصح رهن ذي الخيار ثابتا لايهما الخيار كان والعائد في الموضعين الضمير المجرور في الخبر (قلت) لعل الاولى أولى اذ صدق ذي الخيار على مافيه الخيار لايرمى بالتكليف والانكار وأما الثاني ففيه من كثرة الحذف والتقدير ما لا يخفى وأما الثالث فلان الحال من المضاف اليه لا تجوز الا اذا اقتضى المضاف عمله أو كان جزء ماله أضيفا أو مثل جزئه والكل مفقود واذا كان المراد بذي الخيار صاحب الخيار وان كان المراد به مافيه الخيار فلعله يكون من قبيل مثل الجزء كقوله جل شأنه (ملة ابراهيم حنيفا) لكنه يشمل حينئذ مالايراد على انه قد ورد في الوجه الاول من ارادة ذلك وقال فيه تكلف وقد يقال ان هناك وجها رابعا خاليا من كثرة الحذف والتقدير والتقديم والتأخير وهو أن يكون الجار صلة الخيار وكان تامه فيصير المعنى فيصح رهن ماثبت فيه الخيار لاحدهما (وفيه) أنه يشمل رهن عادم الخيار ماله صاحبه فيه الخيار مع أمور اخر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ورهن الام دون ولدها الصغير وان حرمنا التفرقة ﴾ هذا فرع على الرابع وقد حكى الاجماع على جواز رهن الجارية بدون ولدها الصغير في التذكرة والايضاح وفي (التحرير) يجوز رهن الجارية وان كان لهـا ولد صغير اجماعا انتهى ولا يحرم ذلك وان حرمنا التفرقة لان الرهن لايعد تفرقة لانه غير مزيل للملك ولا يمنعها الرهن من الرضاع فله أمرها بتعهد الولد وحضانته كما أشير اليه في المبسوط وغيره نعم ان قلنا بجواز بيعها مفردة بعد الرهن احتمل عدم جواز افرادها بالرهن لان ذلك يفضي الى التفرقة المحرمة وقد تقدم في باب البيع ان التفرقة محرمة بالنصوص والاجماعات المحكية

وحينئذ اما ان نبيع الأم خاصة ويقال تفرقة ضرورية او نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الأم فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا حتى تقل قيمته فاذا قيل عشرة فهو جزء من احد عشر (متن)

﴿قوله﴾ ﴿وحينئذ اما أن نبيع الام خاصة ويقال تفرقة ضرورية﴾ أي حين رهنها منفردة لان كان جائزا اذا حل الحق وأراد بيعها وقلنا بتحريم التفرقة فان باع المالك فلا اشكال كما في (الايضاح) في وجوب الضم وان بيعت عليه جبرا احتمل أن يقال تفرقة ضرورية لان علة جواز البيع الرهن وهو مختص بها (وفيه) ان الرهن اقتضى بيعها لا بيعها منفردة والتفرقة محرمة بالنص فيجب بيع الولد معها من باب المقدمة لتوقف صحة البيع على عدم التفرقة فيكون استحقاق بيعها مستندا الى الرهن ووجوب بيع الولد مستندا الى تحريم التفرقة ولهذا ترك هذا الاحتمال في (المبسوط والتذكرة والدروس) وغيرها نعم جزم به في التحرير ولعله منه بناء على جواز التفرقة لانا ان لم نقل بتحريم التفرقة فان باعها المالك فالافضل جمعهما في البيع ويجوز الافراد وان بيعت عليه كما لو باعها الحاكم في الدين بغير اذنه لتعذره منه مثلا ففي (الايضاح) أنه يبيعها منفردة قطعا ونبيع في عبارة الكتاب بالنون ليناسب قوله أو نقول ويتضح وجه التفرقة الضرورية ويحتمل أن يكون بالياء فيراد الحاكم أو الراهن أو المرتهن فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿أو نقول يباعان ثم يختص المرتهن بقيمة الام﴾ قال في (المبسوط) يباعان معا فما قابل الجارية فهو رهن يكون المرتهن احق به وهو الذي جزم به في الدروس على التقدير المذكور اي تقدير تحريم التفرقة وقربه في التذكرة وقواه في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿فتقوم منفردة فاذا قيل مائة ومنضمة فيقال مائة وعشرون فقيمة الولد السدس﴾ للتقويم على تقدير بيعهما معا واختصاص المرتهن بقيمة الام ثلاثة انحاء (الاول) ماذكره المصنف هنا واحتمله في (الايضاح والدروس وجامع المقاصد) وهو قول الشيخ في المبسوط حكاه عنه في الدروس من انها تقوم منفردة عن ولدها ذات ولد فتنتظر قيمتها منفردة لتعلق حق المرتهن بها لا بولدها وقيمتها مع الولد فما زاد على قيمتها حال الانفراد يكون للراهن والقيمة للمرتهن وهذا التقويم بعد البيع فاذا قيل قيمتها منفردة ذات ولد مائة وقيمتها وقيمة الولد مائة وعشرون فظاهر ان قيمة الولد سدس وهو العشرون لانها سدس المائة والعشرون وكان الاولى للمصنف ان يقول فتقوم منفردة ذات ولد لانها على تقديره تقل قيمتها لمكان اشتغالها بالحضانة كما ان الاولى ان لا يقول منضمة بل يقول قيمتها وقيمة ولدها لان قيمتها منضمة مائة وتسعة وعشرة احزاء من احد عشر جزء من عشر جزء كما ستسمع (الثاني) ان يقوم كل واحد منهما وحده فتقل قيمة الولد لانه يكون ضائعا يحتاج الى من يربيه ويؤخذ من الثمن بالنسبة ولم يذكر في التذكرة والتحرير غيره وهو الظاهر من المبسوط وقد سمعت ما في الدروس وفي (الايضاح) انه الاصح واليه اشار المصنف بقوله ويحتمل تقدير قيمة الولد منفردا الى آخره وكان الاولى ان يقول وقيمة الام منفردة كما اشرنا اليه وبيانه انه اذا قيل بعد بيعهما معا بمائة وعشرين وتقويمها بمائة منفردة ان قيمة الولد منفردا عشرة فقيمته جزء من احد عشر لان المجموع احدى عشرة عشره والعشره جزء الاحدى عشرة عشره وقد زادت القيمة مع الانضمام عشرة فلابد ان نجعلها احد عشر جزأ فنأخذ من كل درهم جزأ فيحصل عندنا عشرة اجزاء فنأخذ جزأ من هذه الاجزاء العشرة ونصنعه على حده فبقي من هذه

فروع (الاول) يصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره (متن)

الاجزاء تسعة مجموعها درهم الاجزأ فاذا ضممناه الى العشرة دراهم التي اخذنا من كل واحد منها جزأ يحصل عندنا احد عشر درهما كل درهم ناقص جزأ فنأخذ من هذه للعبد درهما الا جزأ هو تسعة أجزاء والباقي للام ومجموعه تسعة تامة ثم يرجع الى الخبر الذي وضعناه على حده فنقسمه احد عشر جزأ للولد جزء والباقي للجارية فتكون قيمة الولد عشرة دراهم وتسعة أجزاء درهم وجزء من احد عشر جزأ من عشر درهم وقيمة الام مائة درهم وتسعة دراهم وعشرة اجزاء من احد عشر جزء من عشر درهم وقد قال في (جامع المقاصد) ان قيمة الام مائة وتسعه وجزء من احد عشر جزأ من درهم فليتأمل وناقش في تقسيط هذه الزيادة وادعى انها للمالك لان الرهن انما تعلق بالجارية منفرده فتكون له قيمتها كذلك وأطال في بيان ذلك (وفيه) أنا نقول على تقدير تحريم التفرقة كما هو المفروض انه قد أخذ في رهنيتها بيعها مع ولدها فكانه رهن عنده بيعها مع ولدها الا ان تقول انه رهن عنده ذلك لاعلى سبيل الاجتماع بل على سبيل الانفراد وربما يقال ان المتبادر الاجتماع نعم المناقشة تتوجه على القول الآخر (الثالث) من انحاء التقويم مااحتمله في (الدروس) وهو ان يقوما جميعا ثم يقوم الولد منفردا من دون تقويم الجارية منفرده فيقال قيمته منفردا عشره ومع امه خمسون فقيمته الخمس وبقي هناك شيء آخر وهو انه لم لايباعان كل منهما بانفراده لرجل واحد فلا تفرقه ولا تقويم الا ان يقال ان الغالب الاسهل الصدفة قال في (التذكرة) الاقرب بيعهما معا لان الجمع بينهما في العقد ممكن ثم قال بعد ذلك فاذا بيعا بصافقة واحدة لئلا يقع التفريق المنهي عنه ولم يزد على ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ ويصح رهن المشاع ﴾ كافي (المقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والسرائع والنافع) وسائر ماتأخر عنها وفي (الخلاف والغنية والتذكرة وظاهر الدروس) الاجماع عليه وفي (التذكرة) أيضا يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه أو من غير شريكه وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لايقبلها وسواء كان الباقي للراهن أو لغيره مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده أو حصته من الدار المشتركة بينه وبين غيره عند علمائنا أجمع انتهى وظاهرها أيضا الاجماع على جواز رهن المشاع من دون اذن الشريك حيث قال ولو لم يأذن الشريك فكذلك عندنا ونسب الخلاف الى أبي حنيفة قال قال أبو حنيفة لايجوز رهن المشاع من غير اذن الشريك انتهى وهذا غير القبض والاقباض كما ستسمع وقد نسب في الخلاف وغيره الى أبي حنيفة المنع على الاطلاق ومرادهم بقولهم يصح رهن المشاع ورهن المشاع جائز انه يصح رهن الجزء المشاع (حجة) الاصحاب بعد الاجماع المعلوم الاصل والعموم واحتج الكوفي بأنه لايمكن قبضه وهو خطأ صرف وبأنه قد يصير جميع ما رهن بعضه في حصة الشريك وليس كالبيع فانه اذا باع زال ملكه وكانت المقاسمة مع المشتري والاصل والعموم والاجماع منا ومنهم حجة عليه وبيان مااستند اليه من الفرض المذكور ماذا رهن نصيبه من بيت معين من دار مشتركة فاتفق وقوع ذلك البيت في حصة شريكه وأما حكمه فيحتمل أن يكون اتفاق حصوله في حصة الشريك كاتلاف الراهن فتلزمه القيمة أو كتلف الرهن من الله سبحانه وتعالى فلا تلزمه أو يبنى الحكم على الاختيار والاجبار فان كان في القسمة مختارا فهو كالاتلاف والا فكالتلف والاول أولى لانه قد حصل له في ذلك الجانب مثل مارهنه وهو خيرة التذكرة والدروس

ويكون على المهاياة كالشركاء (والثاني) يصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال (متن)

(ومما ذكر) يعلم حكم ماقاله المصنف أو بعضه على الشريك وغيره وقد سمعت اجماع التذكرة المنطبق على ذلك اذا عرفت هذا فهل يتوقف الاقباض على اذن الشريك في المنقول وغيره كما هو خيرة التحرير والدروس واللمعة لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يعتد به شرعا اوانما يتوقف على اذن الشريك في المنقول كالجواهر والسيف كما هو خيرة المبسوط وكأنه مال اليه في الروضة لانه في غير المنقول لايستدعي تصرفا بل رفع يد الراهن عنه خاصة وتمكنه منه وقد يتوهم من كلام التذكرة أنه لايتوقف على أذن الشريك مطلقا وليس كذلك قطعا وعلى تقدير اعتباره فلو قبضه بدون اذن الشريك وفعل الحرام تم القبض على الاصح لان النهي انما هو لحق الشريك فقط للاذن من قبل الراهن الذي هو معتبر شرعا وفي (الروضة) انه أجود ولو رضي الشريك بعد القبض تم كما صرح به في اللمعة ﴿ قوله ﴾ (ويكون على المهاياة كالشركاء) الظاهر انه عطف على قوله يصح والضمير اما للجزء المشاع أو لرهن ذلك الجزء المشاع وقد يشعر ذلك باشتراط القبض في تحقق الرهن كما عليه جماعة والانسب بمذهب المصنف في جميع كتبه من أن القبض ليس بشرط فيه أن يكون مبنيا على مطوي في الكلام تقديره واذا قبضه يكون على المهاياة فتأمل وكيف كان فلما كان القبض في رهن المشاع بتسليم الكل أرد أن يبين انه اذا حصل القبض جرت المهاياة بين المرتهن والشريك حريانها بين الشريكين ولا بأس بتبعيض اليد بحكم الشيوع فلا يدافع الرهن تبعيض اليد كما لايدافعه استيفاء الراهن المنافع فان تشاحوا ولم يتهايوا أخذه الحاكم وجعله عند أمينه قالوا ويكريه لهم ويتعلق الرهن بحصة الراهن من الاجرة ولكن مدة الاجارة لاتزيد عن اجل الحق فلو زادت بطل الزائد ويتخير المستأجر الجاهل الا أن يجيز المرتهن ﴿ قوله ﴾ (ويصح رهن المرتد وان كان عن فطرة على اشكال) قال في (التذكرة) المرتد اما أن يكون عن فطرة أولا عن فطرة والاول يجب قتله في الحال ولا تقبل توبته عند علمائنا ثم انه اختار فيها ان المرتد عن فطره لا يصح رهنه وهو خيرته في المختلف وكانه مال اليه في الايضاح أو قال به وفاقا لابي علي فيما حكي لانه في كل آن يجب اعدامه ويتعين اتلافه فانتفت غاية الرهن وهو الوثوق لان الرهن يقتضي وجوب البقاء الى حلول أجل الوفاء وهذه الردة تقتضي في كل آن كما عرفت وجوب القتل ان أمكن أو دفعه الى السلطان فحصل التضاد بين الحكمين لاختلاف مقتضى الامرين ولان المرتد بمنزلة مالا نفع فيه أو بمنزلة غير المملوك أو بمنزلة المستحق للعبر ولا نسلم أنه يجوز بيعه لانه لايقبل التطهير كما ستسمع سلمنا لكنا نفرق كما في (الايضاح) بينه وبين الرهن لجواز الانتفاع به في البيع منفعة حالية بخلافه هنا، قد يظهر من المحكي من كلام أبي علي انه خارج حينئذ عن الملك الا أن تقول ان المفروض انه قد فات السلطان اولم يتهيأ من يقتله كما في هذه الازمان ولم يخرج بها عن الملك فجاز رهنه للاصل والعموم ولامعارض الا الارتداد الذي قد عرفت حاله ولانه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق اولى او تقول ان رهنه حينئذ كرهن المريض المأيوس من برئه فجاز رهنه وان وجب قتله في كل آن لان المانع انما هو القتل وهو غير موجود ولا معلوم الوجود فلا مانع حينئذ بل المانع متوقع الوجود فهو كرهن المريض ولعله لذلك اطلق في المبسوط وجامع الشرائع جواز رهن المرتد بحيث يشمل ما كان عن فطره وصرح به فيه في الشرائع والتحرير والارشاد

والجاني عمدا او خطاء (متن)

وشرحه لفخر الاسلام وحواشي الكتاب واللمعة والروضة وغاية المرام ومجمع البرهان واستجوده في المسالك وفي (جامع المقاصد) انه اقوى ولم يرجح شيئا الشهيد في الدروس بل اقتصر على نقل الاقوال ويظهر من جامع المقاصد ان جواز بيعه مما لاريب فيه عنده لانه قال في وجه الاشكال منشائه من جواز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى ولم اجد بذلك مصرحا من اصحابنا نعم حكى ذلك في التذكرة عن العامة حيث نقل عنهم أنهم استدلوا على جواز رهنه بجوار بيعه والمولى الارديبلي خص جواز بيعه في الدين وهو مطالب بالدليل والعموم لايجدي لما ستسمع نعم كل من قال بجواز رهنه قد يقال ان ظاهره حوار بيعه وليس كذلك اذ قدسمعت ماحكيناه عن الايضاح وقد استشكل فيه في جواز بيعه كوالده في التذكرة وقد ذكرنا في باب المكاسب عن الاصحاب ان كل نجس لا يقبل التطهير لا يجوز بيعه وقلنا ان القول بجواز بيع المرتد عن فطرة ضعيف جدا وان من جوزه لعله بناه على قبول توبته كما هو خيرة بعض من تأخر وقلنا ان المعروف من مذهب الاصحاب عـدم جواز بيعه ثم انا قد لانسلم جواز رهن العبد المريض المأيوس من برئه المشرف على الموت قبل حلول اجل الدين كما ستسمع ولو كان المرتد عن فطرة امة او كان الارتداد عن ملة ففي (الروضة) أن الامر واضح لعدم قتلها مطلقا ولقبول توبته قلت وكذلك لو كان خنثى وقد صرح بجواز رهن المرتد لاعن فطرة فيما منع فيه من رهنه أو استشكل فيه كالتذكرة والمختلف والدروس وقد ينزل اطلاق المبسوط وجامع الشرائع على ذلك بل كلام المبسوط في مطاويه كالظاهر في ذلك وقد يكون المصنف مستشكلا فيه ايضا لان الملي قد لا يتوب فلا تحصل فائدة الرهن وهو الوثوق الا اني لم اجد مصرحا من الاصحاب بعدم جواز رهن الملي وكلام ابي علي يحمل على الفطري فتكون الكلمة متفقة على الجواز فيه اي الملي فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجاني عمدا او خطاء ﴾ كما في (الشرائع والتـذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف وشرح الارشاد لفخر الاسلام والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضـة ومجمع البرهان) وهو ظاهر اطلاق جامع الشرائع حيث صحح رهن الجاني وحكى هذا القول في المبسوط بلفظ القيل لبقاء المالية وان استحق العامد القتل ولجواز العفو (وفيه) ان المالية معرضة الزوال باسترقاق المجني عليه له او بقدر الجناية في الخطاء وفي العمد باستحقاق القتل والاستناد الى احتمال العفو ضعيف والشرائط التي اعتبرت في الرهن كالمالية والملكية وصحـة بيعه وقبضه انما اعتبرت لتحصيل الوثوق لالنفسها فلا التفات اليها اذا تخلف عنها الا ان تقول ان المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد فليتأمل وتجويز البيع لمكان امكان حصول المقصود منه وهو الانتفاع به بخلاف الرهن ولذا قال الشيخ في (المبسوط والخلاف) ببطلان رهن الجاني سواء كانت الجناية عمدا او خطاء قال لأنها ان كانت عمدا فقد وجب عليـه القصاص وان كانت خطاء فلسيده ان يسلمه الى من جنى عليهم فانها تتعلق برقبة العبد والسيد بالخيار بين ان يسلمه ليباع في الجناية و بين ان يفديه فايهما فعل فالرهن على البطلان لانه وقع باطلا في الاصـل ولا يصح حتى يستأنف انتهى وهو موافق لقاعدة الرهن مضافا الى ان الجناية العـارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المجني عليه فاذا وجدت اولا منعت من ثبوت حق المرتهن فتأمل (وقد يحتج) للمشهور بان الجناية

ولا تبطل الحقوق بل تقدم على الرهن فان كان عالما بالعيب اوتاب او فداه مولاه ثم علم فلا خيار لزوال العيب والا تخير في فسخ البيع المشروط به لأن الشرط اقتضاه سليما فان اختار امساكه فليس له ارش وكذا لا ارش لو قتل قبل علمه ولا يجبر السيد على فداء الجاني وان رهنه اوباعه (متن)

لا تنافي الرهن ولهذا اذا جنى بعد مارهن تعلقت به الجناية ولم يبطل الرهن وفي (المسالك) انه يفهم من قوله في الشرائع والجاني خطاء وفي العمد تردد والاشبه الجواز ان جواز رهن الجاني خطاء مما لاخلاف فيه قلت ولعله لأن رهنه التزام بفكه ﴿ قوله ﴾ (ولا تبطل الحقوق بل تقدم على المرتهن ﴾ هذا احسن مما يوجد في بعض النسخ بل تقدم على الرهن لان ضمير كان وعلم وتخير لا مرجع له الا المرتهن نعم لابد من تقدير شيء وهو حق مضافا الى المرتهن وكان تقدمها على حق المرتهن والمشتري مما لاريب فيه لان الرهن ليس باعظم من الملك فلو كان العبد ملكا للمرتهن وجنى كانت الجناية مقدمة ولسبقها وتعلق حق المجني عليه بالرقبة ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد بخلاف المرتهن فان حقه لاينحصر فيها بل تشاركها ذمة الراهن وذلك اي التقدم اذ اعجز المولى عن فكه حيث له فكه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كان عالما بالعيب اوتاب او فداه مولاه ثم علم فلا خيار ﴾ اي ان كان المرتهن عالما بالعيب في المرتد والجاني فلا خيار له في فسخ البيع المشروط به وكذا ان تاب المرتد حيث تقبل توبته او فدى الجاني مولاه ولم يكن عالما بعيبه ثم علم فلا خيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ لزوال العيب ﴾ هذا لايصح تعليلا لسقوط الخيار في المسائل الثلاث لعدم زواله مع العلم فلا يصح في الأولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا تخير في فسخ البيع المشروط به لان الشرط اقتضاه سليما ﴾ اي وان لم يعلم بالعيب ولا حصلت التوبه ولا الفدا تخير المرتهن في فسخ البيع المشروط بذلك الرهن لان الشرط اقتضى رهنه سليما لتنزيل الاطلاق على السلامه وبه صرح في الدروس وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختار امساكه فليس له ارش ﴾ كما في (المبسوط) في المرتد (وجامع المقاصد) فيهما لان الارش لفايت المبيع بحصول العيب فيه وقال في (جامع المقاصد) فان قيل لما اقتضى الشرط رهنه سليما وجب ان يبذل ارش الفائت ليجعله رهنا قلنا انما وجب بالشرط رهن العبد وقد حصل وكونه معيبا لا يقتضي اشتراط رهن شيء آخر قضية ذلك ان كل مافات من صفات الرهن لا يمكن المطالبة به ومنه يعلم انه ليس له المطالبة بالارش لو قتل قبل علمه او بعد علمه كما اشار اليه المصنف بقوله وكذا الاش لوقتل قبل علمه وترك مالو قتل بعد العلم لانه يعلم بالاولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولايجبر السيد على فداء الجاني وان رهنه او باعه ﴾ لما كان المولى مخيرا في جناية عبده خطاء بين فكه ودفعه الى المجني عليه او وليه ليستوفي ذلك من رقبته فاذا رهنه او باعه وامتنع من فكه فمختار المصنف انه لايجبر عليه بل يتسلط المجني عليه على العبد وقد تقدم الكلام فيما اذا باعه وان الاكثر على ان بيعه التزام بالفدا اذا كان موسرا وان المصنف في نهاية الاحكام احتمل عدم التزام السيد بالفدا لان اكثر مافيه انه التزام بالفدا فلا يلزمه الفدا كما اذا قال الراهن انا اقضي الدين من غير الرهن وقواه في التحرير والفرق انه ازال ملكه عنه فلزمه الفدا كما لو قتله بخلاف الرهن وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في الفصل الثالث في العوضين وفي خيار العيب وأما اذا رهنه فيحتمل زوال تخييره لتعذر الدفع الى المولى ليستوفي من

بل يتسلط المجني عليه فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والا ففي المقابل (الثالث) لو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل قبل الثمن رهنا صح وان شرط منعه بطل وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا (متن)

رقبته لمكان الرهن ويحتمل بقاء تخييره لامكان اداء الدين من غيره فهو قادر على الدفع وهذا الوجه لا يتوجه في البيع وستسمع ما نوجه به كلام المصنف فجعلهما من سنخ واحد كما في الروضة غير جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ بل يتسلط المجني عليه ﴾ اي عليه ان امتنع المولى من فدائه وكانه كره التكرار في لفظ عليه فاكتفى بواحده ووجهه ان محل الجناية باق والجناية لا تنافي الرهن ولهذا اذا اجنى بعدما رهن تعلقت به الجناية ولم يبطل الرهن وليس رهنه كعتقه اذا صححنا عتقه لانه ابطال لمحل الجناية كالبيع عند جماعة فان استوعب الارش القيمة بطل الرهن والا ففي المقابل اي وان لم يستوعب الارش القيمة بطل الرهن في مقابلة الارش لان العين رهن وقد تعلق حق آخر بها مقدم عليه فان استوعبها بطل الرهن وسقط وان بقي منه شيء مثل العشر مثلا كان ذلك رهنا ولا فرق بين العمد والخطاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الاجل فان شرط بيعه وجعل الثمن رهنا صح ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة) وهو قضية كلام الغنية والسرائر وظاهر غاية المرام الاجماع عليه حيث قال قطعاً ووجهه انه شرط يحصل معه المقصود من الرهن فيبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهنا فان امتنع منه رفع المرتهن امره الى الحاكم ليبيعه او يأمره به فان تعذر جاز البيع دفعا للضرر والحرج واحترزوا بقولهم قبل الاجل عما اذا كان لا يفسد الا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فانه لا يمتنع وكذا لو كان حالا لامكان حصول المقصود منه ويجب على المرتهن السعي على بيع ما يفسد حيث صح رهنه بأحد الوجوه لمراجعة المالك أو الحاكم فان ترك مع امكانه ضمن الا ان ينهاه المالك فينتفي الضمان وقد نبه على هذه الفروع جماعة ولو أمكن اصلاحه بدون البيع كتجفيفه كما في العنب والرطب صح رهنه قولا واحدا كما في المسالك ولم يجز بيعه بدون اذن المالك ومؤنة اصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان فالمراد بما يسرع اليه الفساد في المسئلة المفروضة مالا يمكن اصلاحه بتجفيفه وفي (الدروس) انه لو توهم فساده فهو اولى بالصحة ويباع عند الاشراف على الفساد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان شرط منعه بطل ﴾ اي ان شرط منعه من بيعه بطل الرهن كما في (المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد) وهو قضية كلام الغنية والسرائر والشرائع لانه لا ينتفع به المرتهن فلا يحصل معه المقصود من الرهن قلت الصحة محتملة كما في المسالك لما ستسمعه فيما اذا اطلق من انه يجبر على بيعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اطلق فالاقرب الجواز فيباع ويجعل الثمن رهنا ﴾ هذا حكاه في (المبسوط) قولا وقال انه لا دليل عليه ونسبه في الدروس الى الفاضلين والموجود في الشرائع الاقتصار على نقل القولين كما صنع هو في الدروس وكما في التحرير ولم يذكر في النافع وقد وافق المصنف هنا وفي التذكرة ولده في الايضاح على الظاهر والشهيدان في اللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني والصيمري لان المقصود من رهن العين انما يتحقق على هذا التقدير فيجب المصير اليه صيانة لتصرفات من له اهلية التصرف عن الفساد مع امكان تنزيلها على وجه يصح معه من غير احتياج الى ارتكاب المجاز أو حمل على مالا

ولو طرأ ماعرضه للفساد فكذلك (الرابع) لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر (متن)

يدل عليه العقد فان عقد الرهن يتضمن الاذن في البيع لان الغرض الاصلي من الرهن استيفاء الدين من ثمنه وقال الشيخ في (المبسوط) وان أطلقاذلك لم يجز الرهن وهو قضية كلام الغنية والسرائر ونسبه في (الدروس) الى كتابي الشيخ ولم أجده في الخلاف والنهاية لان الاجبار على البيع اجبار على ازالة ملكه و بيع الرهن قبل حلول الاجل وذلك لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب فاذا ثبت انه لايجبر على البيع فالمرهون لايملك استيفاء الحق منه فلم يصح عقد الرهن كما لو رهن عبدا علق عتقه بشرط يوجد قبل المحل (وفيه) ان في ترك بيعه اضرارا بالمالك والمرتهن معا وفي بيعه احسانا اليهما فوجب البيع جمعا للحقين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طرأ ماعرضه للفساد فكذلك ﴾ كما في (التذكرة والدروس وجامع المقاصد) وظاهر الايضاح الاجماع عليه قال لو طرأ على الرهن ماعرضه للفساد كتعفن الحنطة وجب بيعه وجعل الثمن رهنا قطعا ولعله أراد اذا خيف عليه الفساد فتأمل وفرضها في (التذكرة) فيما اذا ابتلت الحنطة وتعذر التجفيف والفرق بينه و بين ما سبق ان المقتضي لطرو الفساد فيما سبق موجود وقت الرهن وفي هذا طار بعده والطاري لايساوي المقارن ومن ثم يتعلق الرهن بالقيمة لو أتلف الرهن متلف وهي دين ولا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع و يتعلق بثمنه ونظيره في البيع اباق العبد فانه يمنع من بيعه واذا طرأ لم يوجب الانفساخ هذا اذا طرأ ذلك بعد القبض وأما اذا طرأ الفساد قبل القبض فالظاهر البطلان ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو نذر العتق عند شرط ففي صحة رهنه قبله نظر ﴾ اذا نذر عتقه صح اجماعا سواء علقه على وقت أو وصف مثل أن يقول لله علي ان أعتقه ان دخل رأس الشهر أوان جاء زيد او أطلقه كقوله لله عليّ أن أعتقه أوقيده بالتعجيل مثل قوله لله عليّ أن أعتقه الآن وعلى كل واحد من هذه التقادير لايخرج ملكه عنه بالنذر بل بنفس الاعتاق فان كان النذر مطلقا أو مقيدا بالتعجيل لم يجز له رهنه لتعلق حق العتق به ووجوب اخراجه عن ملكه فينافي جواز رهنه الذي يقتضي وجوب ابقائه في دين المرتهن محفوظا عليه حتى يستوفي منه أو من غيره وان كان مقيدا بالوقت أي الشرط فقد تردد فيه المصنف هنا وولده في الايضاح على الظاهر والشهيد في الدروس ولم يتعرضوا لما اذا علقه على الوصف كما اذا علق عتقه على دخول الشهر وقرب في (التذكرة) جواز رهنه في الوصف أو الشرط لكنه قال انه لايباع لو حل الدين قبل الوصف أو الشرط لانه وان لم يخرج عن ملكه بالنذر الا أنه قد تعلق به حق الله تعالى و بيعه مبطل لذلك الحق وجعل وجهي النظر في الدروس من بقاء الملك واصالة عدم الشرط ومن ان سبب العتق سابق والشرط متوقع (ثم قال) فعلى الاول لو وقع الشرط وعتق خرج عن الرهن ولا يجب اقامة بدله اذا كان المرتهن عالما بحاله والا فالاقرب الوجوب واعترض في (جامع المقاصد) على الاستاذ في العدم الى أن الشرط متوقع بان توقع خروجه عن ملكه بسبب يتجدد لايمنع صحة الرهن كما لو رهن مريضا لان المعتبر في صحة الرهن استجماع شروطه حال العقد ولاأثر لما يمكن تجدده من المنافيات (قلت) قد عرفت في رهن الجاني ان اعتبار الشروط لمكان الوثوق لا لها نفسها فتامل (ثم قال) ان التحقيق ان المسئلة مبنية على ان من نذر أن يفعل فعلا عند شرط أو غدا هل يحنث بفعل ماينافي ذلك قبل الغد كما لو نذر أو حلف ليأكلن هذا الطعام غدا هل يحنث باتلافه الآن أم لا للاصحاب في ذلك قولان ثم قال ان الاحوط القول

(الخامس) لو رهن عصيرا فصار خمرا في يد المرتهن زال الملك فأن اريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده (متن)

بعدم الصحة ووجه ابتناء هذه المسئله على تلك انه على تقدير الحنث يكون بيع العبد ممنوعا منه فيمتنع الرهن لانتفاء مقصود الوثيقة حينئذ وعلى العدم لاأثر للمنافي الذي تجدده ممكن لكن المصنف في نذر الكتاب والشيخ في المبسوط وابني سعيد في الجامع والشرائع وغيرهم قالوا لو حلف ليأكلن هذا الطعام غدا فأكله أو بعضه اليوم حنث لتحقق المخالفة لان التوقيت كما يقتضي نفي الفعل فيما بعد الوقت المقدر يقتضيه قبله فكأنه حلف أن لايأكله قبل الغد ولا بعده فكما يحنث بالتأخير يحنث بالتقديم وللعامة قول بالانحلال وقد احتمله بعض الاصحاب لانه اذا وقت اليمين لم يجب عليه الوفا قبل الوقت وحين حضر كان قد انتفى متعلق اليمين ومبنى القولين على ان اليمين هل يقتضي الامر حالهـا بالايقاع اذا حضر الوقت أو لا تقتضيه الا اذا حضر والحاصل انا لم نجد المصرح بالخلاف في مسئلة الحلف بل من لم يحكم بها وهو أقل قليل بل ما بين محتمل أو مستشكل كبعض من تأخر كالشهيد الثاني وربما بنى الحكم فيها على المسئلة الاصولية وهي ان المكلف اذا علم انتفاء شرط التكليف هل يحسن تكليفه قبل مجيء غد اولا فعلى الاول يحنث وتجب الكفارة والبناء غير صحيح وعندنا انه لايحسن التكليف ولا الاشتراط عند العلم بانتفاء الشرط وفي (الايضاح) ان مبنى مسئلتنا على مسئلتين (الاولى) انه هل يجوز بيع هذا المنذور عتقه أم لا (الثانية) هل يشترط امكان البيع في صحة الرهن أم لا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو رهن عصيرا فصار خمرا في يد المرتهن زال الملك ﴾ يصح رهن العصير اجماعا كما في (المبسوط والتذكرة) وخوف تغييرها لايمنع من صحة الرهن كما يجوز رهن المريض فلو صار خمرا بعد تحقق الرهن زال الملك وانفسخ الرهن كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) وقيل في (الخلاف) يجوز امساكه للتخلل والتخليل ولا يجب اراقته لانه لاخلاف في جواز التخلل والتخليل وعن أبي الصلاح انه ان صار خمرا بطلت وثيقة الرهن ووجبت اراقته وهو شاذ وقال في (التذكرة) معنى قولنا يبطل الرهن لانريد به ارتفاع أثره بالكلية والا لم يعد الرهن بل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية ثابتة قلت يريد ان العلاقة باقية لمكان الاولوية ففي الحقيقة الرهن والملك موجودان بالقوة القريبة لان تخلله متوقع وانما الزائل كونه ملكا ورهنا بالفعل لوجود الخمرية المنافية لذلك فيكون البطلان مراعى ببقائه كذلك أو بتلفه فان عاد خلا عاد الملك والرهن كالمستمتع ونظيره ما اذا أسلمت زوجة الكافر فانه تخرج من حكم العقد ويحرم عليه وطؤها فاذا أسلم الزوج قبل انقضاء العقد عاد حكم العقد وكذلك اذا ارتد أحد الزوجين وليس انقلابه خمرا كارتداد العبد حتى نقول ببقاء الملك لان المرتد يصح التصرف فيه فلم يخرج عن الملكية ولا كذلك الخمر وكأنه لما ذكر قال المصنف زال الملك فيما اذا صار خمرا ولم يقل بطل الرهن ومع الاراقة حكم ببطلان الرهن فأشار بذلك الى أن أثر الرهن لايضمحل بالتخمير بالكلية ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أريق بطل الرهن ولا يتخير المرتهن لحصول التلف في يده ﴾ أي ان كان مشروطا في بيع كما اذا باع أو اشترى بشرط رهن له فعرض للرهن التخمير في يده فانه لا خيار له في فسخ ذلك البيع المشروط فيه بحصول التلف في يده كما في (التذكرة والمسالك) وكذا التحرير وقد يعطي التعليل انه لو تلف في يد الراهن يتخير في البيع

فأن عاد خلا عاد الملك والرهن ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في البيع المشروط فيه فان عاد خلا تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض في الرهن ولو جمع خمرا مراقا فتخلل في يده ملكه ولو غصب خمرا فتخلل في يده فالأقرب انه كذلك (متن)

وليس كذلك بل الحكم فيه انه اذا تلف في يد الراهن قبل القبض فان قلنا بانه ليس شرطا كما هو خيرة المصنف في الكتاب فالحكم كذلك لعروض المبطل بعد تمام الرهن وان اشترطناه تخير المرتهن في العقد المشروط فيه كما ستسمع ذلك قريبا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان عاد خلا عاد الملك والرهن ﴾ كما في (المبسوط والجواهر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك) وهو معنى قوله في الارشاد وعاد رهنا وقوله في الشرائع عاد الى ملك الراهن لانه اذا عاد الى ملكه عاد الرهن بحاله لأنه تابع للملك كما صرح بذلك في (المبسوط) فاندفع عنها اعتراض المسالك وقد سمعت ماحكي من كلام أبي الصلاح ووجه الحكم المذكور ظاهر مما مر فلا معنى لتأمل المولى الاردبيلي فيه وقد يشبه بما اذا تجددت بينة لمن ماتت بينته وقد عرفت ان له نظائر (ومنها) أيضا ما اذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه فانه يصح و يبطل الرهن فاذا تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن عند جماعة وكذا لو قبضه ثم تقايلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استحال قبل القبض تخير المرتهن في البيع المشروط ﴾ كما في (التذكره) حيث قال بطل الرهن وكان للمرتهن الخيار في البيع الذي شرط فيه والذي ينبغي كما في (جامع المقاصد) أن يكون هذا منزلا على اشتراط القبض في الرهن اما على القول بعدم اشتراطه فلا وجه له وبمثل ذلك صرح في التحرير قال لو رهنه عصيرا فصار خمرا قبل القبض بطل الرهن ولا خيار للمرتهن في البيع الذي شرط فيه ارتهانه عندنا ومن شرط القبض أثبت الخيار ومثل ذلك قال في المسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان عاد خلا تعلق حق المرتهن به ان لم نشترط القبض في الرهن ﴾ لان الرهن قد تم لعدم توقف تمامه على القبض ولم يبطل بالكلية بمجرد صيرورته خمرا كما عرفت ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جمع خمرا مراقا ملكه ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك) وهو الذي قواه في التحرير بعد الاستشكال وفي (الشرائع) في كونه ملك الثاني تردد ولعله لخروجها عن ملك الاول بصيرورته خمرا وقد خرجت عن أولوية اليد باراقتها فانتفى تعلقها به بالكلية لانه أسقط حقه منها وأزال يده عنها ومن ان الجامع للخمر ممنوع من ذلك ومحرم عليه و يده لاتثبت عليها فلا يصح تملكه بذلك قولكم الاول أسقط حقه ليس بصحيح لانه فعل الاراقة التي أمره الشارع بها (وفيه) انا نمنع منعه من الجمع على تقدير ارادة التحليل وانما نمنع على تقدير ارادة استعماله خمرا ونمنع كون يده لاتثبت عليها على تقدير ارادة التحليل ولا نعني باسقاط حقه الا اراقتها وعدم امساكه والجامع لايملكها الا بالجمع بل يكون أحق باليد فاذا صارت خلا في يده فقد تجدد له الملك بالاستيلاء على المباح كالاصطياد فقد تحصل انه ان جمعه الثاني بنية التخليل ملكه والا فالاول أحق به لانه قبضه قبضا منهيا عنه والاول يده أسبق فتأمل جيدا ويقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو غصب خمرا فتخلل في يده فالاقرب انه كذلك ﴾ كما في (المبسوط والايضاح) وغصب الكتاب لأنها قد خرجت عن ملك المغصوب منه وسلطنته وقد حدثت ملكيتها في يد الغاصب فيكون له كسائر المباحات وهذا انما يتم اذا لم تكن محترمة ووجه احتمال كونها للمالك ان يد الغاصب يد عدوان وهذه هي عين

اما لو غصبه عصيرا فصار في يده خمرا ثم تخلل فأنه يرجع الى مالكه (السادس) يجوز ان يستعير مالا ليرهنه (متن)

ملك المالك فتكون له وهو خيرة غصب (التذكرة) وقد يلوح منها الاجماع حيث قال هذا مذهبنا وفي غصب (الخلاف) نفي الخلاف عنه والتحقيق كما في موضعين من جامع المقاصد أنها ان كانت محترمة كالمتخذة للتخليل وخمر الذمي المستتر فانها يتصور فيها الغصب وسلطنة المغصوب منه ثابتة عليها يكون الملك فيها بعد العود خلا للمالك الاول ويجب عليه ردها و بالتخليل يضمن المثل لو تلفت وان كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغصب ولا بقاء السلطنة ولا وجوب الرد فالملك المتجدد للآخذ وتمام الكلام في باب الغصب واعلم أن في (التذكرة وجامع المقاصد) وكذا المسالك أن الخمر قسمان محترمة وهي التي اتخذت للتخليل فان ابقاءها لذلك جائز اجماعا ولانه لولا احترامها لادى ذلك الى تعذر اتخاذ الخل لان العصير لا ينقلب الى الحموضة الا بتوسط الشدة فلو لم تحترم وأريقت في تلك الحال لتعذر اتخاذ الخل وكلامهم هذا قد يعطي انه ما من خل الا ويصير خمرا قبل انتهاء الحموضة وهو قضية كلام جماعة من المتقدمين كما بيناه في رسالة العصرة في العصير و بينا فيها أيضا معنى العصير وانه غير خاص بما استخرج مائه وأما غير المحترمة فهي التي اتخذت لغرض الخمرية وهل تجب اراقتها للشافعي فيه قولان وعندنا تجب اراقتها كما في التذكرة فلو لم ترقها حتى تخللت طهرت عندنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو غصبه عصيرا فصار خمرا في يده ثم تخلل فانه يرجع الى مالكه ﴾ بلا خلاف كما في (غاية المرام والمسالك) ويرد معه ارش النقصان ان قصرت قيمة الخل وهل يجب دفعه الى المغصوب منه اذا صار خمرا في يد الغاصب الظاهر ذلك لبقاء الاولوية لامكان ارادة التخليل الا أن يعلم منه ارادة الشرب ويجب على الغاصب أيضا رد مثل العصير كما هو واضح فان صار خلا في يد المالك وجب عليه رد المثل على الغاصب لان الاجزاء عين ماله والمانع من ملكيتها الخمرية وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وان حدث له صورة أخرى نعم لو نقص وجب الارش وقد استوفينا الكلام في باب الغصب (وليعلم) أن الخمر قد يذكر كما في (القاموس) وغيره فلذا ذكر المصنف والشيخ في المبسوط والمحقق والشهيد الضمائر في هذه المباحث ولا ريب انها تؤنث وان تأنيثها سماعي ولم ينسب انكار التذكير في (المصباح المنير) الا للاصمعي بل ظاهر الكتاب المذكور انهما على حد سواء قال الخمر معروفة ويذكر ويؤنث فيقال هو الخمر وهي الخمر وقال الاصمعي الخمر أنثى وأنكر التذكير انتهى ولم يتعرض في (الصحاح) لشيء منها وكيف كان فلا تنبغي المبادرة الى الانكار على أساطين الاصحاب والاشارة الى التذكير خلاف الصواب ﴿ قوله ﴾ ﴿ يجوز ان يستعير مالا ليرهنه ﴾ لا أجد خلافا في صحة هذا الرهن الا من ابن شريح حيث قال فيما حكي عنه على القول بأنها عارية لا يصح رهنه لانها غير لازمة ولعله غير مخالف في أصل الحكم ولذلك قال ابن المنذر فيما حكي عنه انه اجماع كل من يحفظ عنه العلم انتهى وفي (المسالك) أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه في الجملة ومثله ما في المفاتيح وفي (مجمع البرهان) لا شك في أنه جائز مجمع عليه وقد اختلفوا في سبيل هذا العقد فعندنا كما في موضعين من التذكرة أن سبيله سبيل العارية و به صرح في المبسوط وعارية التذكرة أيضا وكذا جامع الشرائع وعارية التحرير وهو ظاهر أكثر الباقين وحكاه في (الايضاح) عن والده والمحققين وحكى في (المبسوط) قولا بأنه على سبيل الضمان المعلق بالمال

فيذكر قدر الدين وجنسه ومـدة الرهن (متن)

وهذا حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية ومعناه ان سيد العبد ضمن دين الغير في رقبة ماله من غير تعلق بالذمة وهذا المعنى فاسدلانه لو قال التزمت دينك فيرقبة هذا العبد بطل كما ستسمع الا أن يقال في توجيهه كما في (الدروس) أن المعير أناب المستعير في الضمان عنه ومصرفه هذا المال وجه الاول انه قبض مال غيره لمنفعة نفسه منفردا بهافكان عارية كما لو استعاره للخدمةوان الضمان انما يثبت في الذمة ولا يثبت في رقبة العبد كما قلتم لانه لو قال التزمت دينك فيرقبة هذا العبد بطل ولااستبعاد في افضاء العارية الى اللزوم كاعارة الارض للدفن والجذع للبناء وقد لا تقول باللزوم كما ستسمع ووجـه الثاني قياسه على ما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره فصح الضمان مع فراغ الذمة وكما ملك الزام ذمة العبد دين الغير له أن يملك الزامه غرما له والجامع كون كل منهما محلا للحق والتصرف ولان الحق المتعلق بالذمة ينبغي أن يتعلق مثله بالرقبة كالملك والاولى أن يستدل له بأن العارية تقتضي استيفاء المنفعة مع بقاء العين ولا تقتضي بيعها ومقتضى هذا العقد ومنفعته بيع العين واخراجها عن الملك فيباين العارية وان شابهها صورة ولا مانع بعـد قيام الاجماع على الصحة من استعمال الشارع صيغة عقد في آخر وأما ما استدلوا به (ففيه) أنا نمنع فراغ ذمة المولى في المقيس عليه والضمان عندنا مستقل بنفسه يتعلق بالذمة لا بالمال وثمرة هذا الخلاف كما في المبسوط والدروس في أنه هل يجب ذكر قدر الدين وجنسه وحلوله أوتأجيله أم لا قال في (المبسوط) من قال انه ضمان قال لايجوز الا أن تكون هذه الاشياء معلومة لانه لايجوز ضمان مال مجهول ومن قال هو عارية جوز مع الجهالة لأنه يجوز أن يستعير عبدا للخدمة و يستخدمه فيما شاء من الاعمال ولا يجب ذكر المدة فيه ونحوه مافي الدروس لكن حكى في التذكرة عن الشافعي القائل بانه ضمان انه قال لابد من ذكر هذه الاشياء لاختلاف أغراض الضمان (الضامن خل) لاحتمال ان يرهنه على أضعاف قيمته وعلى مدة تزيد على عمره وهو غرر عظيم وقد جعل في المبسوط أكثر فروع هذه المسئلة من ثمرات الخلاف (منها) ما اذا رهنه على دين مؤجل قال فليس لمالك العبد اجبار الراهن على الفك على القول بالضمان كمن ضمن دينا مؤجـلا فانه لايطالب الاصيـل بتعجيله لابراء ذمته وان قلنا انه عارية كان له مطالبته بفكه لان العارية لا تلزم (ومنها) ما اذا باعه المرتهن بأقل من ثمن المثل مما يتغابن بمثله قال فعلى العارية يرجع بقيمة تامة وعلى الضمان يرجع بما بيع به وكذا اذا بيع بأكثر منه فعلى الضمان يرجع بالجميع وعلى العارية يرجع بقدر قيمته (ومنها) أيضا ما اذا رجع عن الاذن بعد القبض كما يأتي بيان ذلك كله بحول الله وقوته ﴿ قوله ﴾ ﴿فيذكر قدر الدين وجنسه ومدة الرهن﴾ اذا أذن في الرهن فان سوغ له الرهن كيف شاء جاز للراهن أن يرهنه على أي مقدار شاء وعند أي مرتهن شاء وكيف شاء من حلول أو تأجيل أي أجل شاء كما صرح به جماعة لأن تعميم هذا النوع من التصرف يجري مجرى التنصيص على كل واحد من الجزئيات وان خص البعض وعمم الباقي يخصص ماخصصه ولا يجوز له التجاوز الا مع العلم برضا المالك والغبطة له وساغ التصرف في الباقي كيف شاء كما سيأتي بيانه وان أطلق الاذن ولم يقيده بتعميم ولاتخصيص احتمل الجواز للاطلاق وانتفاء التخصيص لعدم الاولوية بالبعض دون البعض فيتخير كما لو عمم وهو خيرة التحرير وجامع الشرائع في آخر كلامه وظاهر اطلاق الشرائع والارشاد واللمعة ومجمع البرهان وصريح المبسوط

فأن خالف فللمالك فسخه والا فلا ولو رهن على اقل صح وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد (متن)

و للدروس ان جعلناه عارية كما سمعت آنفا وسمعت ماحكاه في التذكرة عن الشافعي القائل بأنه ضمان ثم ان الظهور من اطلاقات الكتب الاربعة ليس بالمكانة منه واحتمل البطلان والمنع لما فيه من التغرير بالمالك لاحتمال أن يرهنه على أضعاف قيمته والى مدة تزيد على عمره ولا غرر أعظم من ذلك فلابد من ذكر هذه الاشياء كما هو ظاهر الكتاب في الباب والعارية وصريح التذكرة في المقام والعارية وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج وفي(المسالك) انه أولى ولم يرجح في الروضة ولا عارية التحرير ثم انه في التذكرة ذكر الثلاثة التي في الكتاب وزاد الصفة التي هي غير صفة الحلول أو التأجيل ان كان قوله وعيرها التثنية وان كان بالتأنيث يكون زاد الصفة وغيرها كتعيين من يرهن عنده لاشتراك العلة لاختلاف الناس في ذلك اختلافا شديدا وان كان حكى فيها عن العامة خلافا فيه ولم يفت بشيء وحكى عن ابن المتوج أنه لابد من تعيينه وفي(جامع المقاصد) لا أس بوجوب تعيينه وزدت الصفة في المسالك والروضة على تقدير احتمال الوجوب ويبقى الكلام في قول المصنف فيما بعد ولو لم يعين تخير الراهن فان ظاهره المخالفة لما استظهرناه منه هنا ومن البعيد جدا أن يقال ان التعيين واجب ولو أخل به تخير تمسكا بظاهر الاطلاق فيكون جمعا بين الكلامين فانه جمع غير واضح وقد يكون مراد المصنف أنه يجب التعيين اذا علم من حال المالك ارادته و بدونه حينئذ يقع باطلا وان لم يعلم حاله ولم يعين تخير فيكون موافقا للقول الآخر فتدبر بل قد نقول ان مراد الجميع ماعدا بعضا انه انما يجب الذكر والتعيين فيما يعلم من حال المالك ارادته دون غيره كما ينبئ عنه تمثيلهم بما اذا أذن له في الرهن على مائة عند من شاء وكيف شاء لم تجز له مخالفته وكذا لو عين المدة أو غيرها ويكون ذكرهم للثلاثة أو الاكثر بناء على الغالب أو على التمثيل فليلحظ ذلك وقد يرشد الى ذلك عدم ذكر جماعة للمرتهن والصفة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خالف والمالك فسخه ﴾ كما في(الدروس وعارية التحرير)وفي (المبسوط وجامع الشرائع) لم يصح ولعله بناه في المبسوط على مايختاره من عدم صحة الفضولي وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) كان فضوليا وفي (التحرير) لاتجوز المخالفة وفي (التذكرة) الا مع الغبطة وفي (التحرير) انه لو أذن في الحال فرهن في المؤجل لم يصح ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فلا ﴾ هذا قد يعطي بأن العارية للرهن لازمة من دون توقف وقوله فيما يأتي قريبا وقبله اشكال يقتضي التردد في كونها لازمة (ويجاب) بأن الفسخ بمعنى الرجوع في الاذن غير المطالبة بالملك لان المطالبة بالملك لاتنافي لزوم الرهن كما ستسمعه عن جماعة والمحقق الثاني في آخر المسألة فهم التنافي بين المقامين وستعرف حقيقة الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن على أقل صح ﴾ كانه مما لاخلاف فيه وبه صرح في(المبسوط والسرائر وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس) وغيرها لثبوت الاذن في الاقل بطريق أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى أكثر يحتمل البطلان مطلقا وفيما زاد ﴾ اذا رهنه على أكثر مما أذن له في رهنه عليه فقد احتمل المصنف البطلان بمعنى عدم اللزوم بدليل ماسبق فيما لو خالف المأذون فيه وهو خيرة الدروس على الظاهر وحكاه في المبسوط عن بعض الناس لانه تصرف غير مأذون فيه وأما احتمال البطلان فيمازاد فهو خيرة المبسوط وكذا التحرير على اشكال له فيه واحتمله في الدروس ولم يرجح في التذكرة

ولو لم يعين تخير الراهن في رهنه بما شاء عند من شاء الى اي وقت شاء وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال (متن)

وجامع المقاصد شيء منهما كالكتاب وفي بعض نسخ جامع المقاصد يجب أن يستثنى من هذه المسئلة مالو رهنه بالزائد وبكل جزء منه فانه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الاذن والزائد موقوف ويكون موضع الوجهين ما اذا رهنه على المجموع ثم انه استشكل في الصحة لانا اذا قسطنا الاجزاء على الاجزاء يكون بعضه رهنا بالمأذون فيكون خلاف الاذن لان الاذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه وفي نسخة أخرى المتجه انه ان رهن على الاكثر وعلى كل جزء منه يصح في المأذون فيه و بطل في الزائد وجها واحدا وان رهن على الاكثر مقتصرا على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا ونحن نقول اذا رهن على الاكثر وكل جزء منه احتمل الوجهين البطلان في الجميع لمكان المخالفة كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش كما اذا باع ما يساوي مائة بخمسين فانا لانقول انه يصح من المبيع في القدر الذي يساوي الثمن وهو نصفه مضافا الى تبعض الصفقة على المرتهن فقد صح أن يكون موضع الوجهين ما اذا رهنه على كل جزء جزءا والوجه الثاني البطلان في الزائد ووجه شبهه بالمأذون وغير المأذون ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعين تخير الراهن ﴾ هذا تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمالك المطالبة بالفك عند الحلول ﴾ على القولين كما في (المبسوط والتذكرة) فكأنه اجماعي ولا فرق بين أن يكون مؤجلا فيحل أو حالا من أصله كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) لانه لم يدفعه ليملكه المستعير بل لينتفع به و يرده والعارية وان لزمت بالنسبة الى الرهن عند القائل بذلك لكن لزومها غير مانع من المطالبة بالفك بعد الحلول فقد وجد المقتضي وانتفى المانع لمكان الاستصحاب وعلى القول بالضمان فللضامن أن يطالب المضمون عنه بفكاكه ليتخلص نفسه من الضمان اذا ضمن بأمره وكان مال الضامن حالا كل ذلك مع قدرة المديون وعبارة الكتاب كالمبسوط وجامع الشرائع والروضة والمسالك ان المطالب بالفك انما هو الراهن وهو ظاهر اطلاق التحرير والدروس وقد يقال انه اذا حل الاجل وأمهل المرتهن الراهن ان للمالك أن يقول للمرتهن اما أن ترد مالي علي أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما اذا ضمن دينا مؤجلا ومات الاصيل فللضامن أن يقول اما أن تطالب بحقك من التركة أو تبرئني ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله اشكال ﴾ كما في (التلخيص) ينشأ من أنه عارية فله المطالبة متى شاء لان ماهية العارية تقتضي عدم اللزوم وهو خيرة المبسوط والتذكرة في المقام كما يظهر لمن تدبر والسرائر وجامع الشرائع وعارية التحرير والتذكرة ومن انه أذن في عقد لازم فلزم لان الاذن في عقد لازم يوجب على الآذن الوفاء به فليس له المطالبة قبل الاجل لمنافاته لمقتضى الرهن المأذون فيه وهو خيرة التحرير في المقام وجامع المقاصد وظاهر المسالك والروضة وعارية الايضاح وحواشي الشهيد ورهن المفاتيح واستشكل في عارية الكتاب وهذا بناء ما على كونه عارية وعلى فرض اجابة المرتهن لملتمسه من قبول قبض الدين والفك قبل الاجل أما الثاني فواضح وأما الاول فلأن أصحابنا على انه عارية فكيف يبنى اشكالهم على رأي غيرهم فليلحظ ذلك وستسمع الكلام في بيان الثاني مستوفى وأما على القول بأنه ضمان فلا مطالبة له قبل الاجل كما اذا ضمن دينا مؤجلا فانه لا يطالب الاصيل بتعجيله لابراء ذمته وفي (المبسوط والتذكرة) بين الجواز وعدمه على القول بالعارية والضمان ولما كان خيرة

وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما يبعت به وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد وبعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا (متن)

الكتابين انه عارية نسبنا اليهما الجواز وكذلك صنع الشهيد في الدروس حيث نسب اليهما الجواز على انه في موضع آخر من التذكرة صرح بالجواز وقضية كلام المبسوط والتذكرة وكل من قال بالجواز ان العارية غير لازمة وان ذلك لاينافي لزوم الرهن وفي (جامع المقاصد) بنى الاشكال على مابناه عليه في المبسوط ثم حقق انه عارية لازمة وفي (الايضاح) في المقام كلام كأنه غير ملتئم الاطراف عند امعان النظر فيما وجه به الاشكال و بنى البحث عليه ﴿قوله﴾ ﴿وللمرتهن البيع لو لم يقبضه الغريم فيرجع المالك على الراهن بالاكثر من القيمة وما بيعت به﴾ كما في (جامع الشرائع والتحرير والتذكرة و لدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان) وهو خيرة المبسوط عند ملاحظة أطرافه قطعا وهو الذي فهمه مولانا المقدس الاردبيلي من عبارة الارشاد وعبارة الشرائع مثلها كما ستسمعها وهو خلاف مافهمه منها في المسالك كما ستسمعه و بيان ذلك انه اذا باعه على وجه يصح بوكالة أو استيذان من المالك أو الحاكم فان باعه بقيمته رجع المالك بذلك على القولين كما في (التذكرة) وان بيع بأقل من ثمن المثل عما لايتغابن بمثله بطل وان كان مما يتغابن بمثله صح وضمن النقيصة فيرجع المالك بتمام القيمة على القول بالعارية لان بيعه بأنقص من القيمة كان لاجل مصلحة الراهن في وفاء دينه وأما القول بالضمان فلا يرجع الا عما بيع به لانه لم يقض من الدين الا ذلك القدر والضامن انما يرجع بما غرمه فتأمل فيه وان بيع بأكثر استحقه لانه ثمن ملكه لان العين باقية على ملكه الى زمان البيع وقال في (المسالك) في شرح قوله في الشرائع ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان المطالبة بما بيع به لايتصور بيعه بنقصان عن قيمته فعبارة المصنف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنه يرجع بأكثر الامرين لايهامها امكان بيعه بدون القيمة وهو ممتنع بخلاف الزيادة لامكان اتفاق راغب فيها فيزيد عن ثمن المثل بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحة البيع بسبب قلة الراغب في الشراء مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد مما بذل فيه ويشكل بأن المعتبر في القيمة مايبذل في ذلك الوقت لاما يمكن فان كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سواه والا لم يصح البيع انتهى (وفيه) ان من الذي يسوغ بيعه به ما اذا باعه بما يتغابن به ولسنا نريد بالانقص أكثر من ذلك فلم يكن هناك اشكال (واورد في جامع المقاصد) اشكالا وهو ان البيع اذا كان برضا المالك لم يستحق الا الثمن والا كان باطلا (وأجاب) بان خصوص ذلك البيع ليس برضا المالك لانه صار حقا لازما باذنه حتى لو صرح بعدم الرضا لم يعتد به فيجب حينئذ ان يضمن له كمال حقه حذرا من الضرر ولا يخفى ان ضمان القيمة حيث يكون الثمن أقل منها انما هو في القيمي فلو كان أقل منها في المثلي فالضمان بالمثل ﴿قوله﴾ ﴿وللمالك الرجوع في الاذن قبل العقد و بعده قبل القبض ان جعلنا القبض شرطا﴾ كان الاولى ذكر هذا عند قوله وللمالك المطالبة فيقول بعد ذلك وله الرجوع ويحتمل من ذلك انتظام أحكام المرتهن في سلك واحد وقد حكى الاجماع في التذكرة على ان لمالك العبد الرجوع في الاذن قبل الرهن ولا ريب ان له الرجوع بعد العقد وقبل الاقباض ان قلنا انه شرط

ولو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه (متن)

في الصحة أو اللزوم كما أطلق في الكتاب وغيره ووجهه ظاهر وأما اذا قلنا انه ليس شرطا أو كان الرجوع بعد العقد والقبض فلا يصح له الرجوع على القول بالضمان وكأن العامة لايختلفون في ذلك وأما على القول بالعارية فكذلك كما في (المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير واللمعة والمسالك والروضة) وهو قضية كلام الدروس لانه لادليل على فسخ العقد بعد لزومه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تلف في يد المرتهن فالاقرب سقوط الضمان عنه ﴾ كأن الكلمة متفقة على سقوط الضمان عن المرتهن لو تلف في يده قال في (المبسوط) لو هلك عند المرتهن أو جنى فباع في الجناية ضمنه الراهن على القول بالعارية لاعلى القول بالضمان وقضيته ان لاضمان على المرتهن مطلقا ونحوه مافي التحرير حيث قال لو تلف في يد المرتهن بغير تفريط رجع على الراهن بالقيمة وينتفي الضمان عن المرتهن صرح في عارية الكتاب وفي (الشرائع والارشاد) ضمنه الراهن بقيمته ان تلف ومن المعلوم انه في يد المرتهن غالبا فيكون تلفه في يده وقد قيد في المسالك عبارة الشرائع بما اذا كان بعد الرهن وفي (اللمعة) يضمن الراهن لو تلف وقضيته ان المرتهن لا يضمن وقيدها في (الروضة) بما اذا كان بعد الرهن وفي (الدروس) اقتصر على نقل كلام المبسوط وفي (المسالك) لا يضمن المرتهن بغير تفريط وفي (التذكرة) لو تلف في يد المرتهن فان كان بغير تفريط فلا ضمان عليه لان المرتهن أمسكه على انه رهن لاعارية والمرتهن أمين لا يضمن مايتلف في يده من الرهن وهذا كله يشهد لما فسر به السيد عميد الدين عبارة الكتاب قال السيد في (كنز الفرائد) مراده انه لو تلف الرهن المستعار في يد المرتهن فاقرب الوجهين انه لاضمان على المرتهن لانه أمين لا يضمن الا بالتفريط وأضعفهما الضمان لان العارية للرهن مضمونة ويد المرتهن مترتبة على يد الراهن المستعير وهي يد ضمان فتكون المرتبة كذلك وقال في (الايضاح) هذه المسئلة موضع اشتباه قال المصنف قدس سره لي في الدرس حيث حققت البحث عليه ان هذه المسئلة فرع على قوله وللمالك مطالبته بالفك عند الحلول وقبله اشكال وتقريره ان بعد الحلول اذا كان الراهن موسرا فللمالك الزامه بالافتكاك فان جعلناه عارية أو غلبنا عليه العارية كاختيار والدي والمحققين فهل له الرجوع فيها قبل الافتكاك قيل نعم لان العارية ماهيتها تقتضي عدم اللزوم فاذا رجع قيل له مطالبة المرتهن بأن يلزم المديون بماله أو يرهن غيره يقوم مقامه ليخلص له عين ماله اذ قبض المرتهن مبني على العارية وقد بطلت فاذا أهمل المرتهن وأمسك الرهن في يده ضمن والاقوى انه ليس له ذلك لانه أذن في عقد لازم فيلزم فلا يضمن المرتهن وهو الاقرب بل هو الاصح فهذا وجه قول المصنف فالاقرب سقوط الضمان عنه (قلت) اذا لم يكن له الرجوع ولا مطالبة المرتهن فلا وجه لاحتمال الضمان على هذا التقدير فلا معنى لتخصيصه بترتب الحكم عليه الا أن يقال ان بناء الاقرب على ثبوت الرجوع و[illegible] المطالبة ومقابله يعني غير الاقرب مبني على عدم ذلك فيكون الاقرب مبنيا على اللزوم ومقابله على عدمه فلم يكونا من واد واحد ثم قال في (الايضاح) وأما قبل الحلول فعلى تقدير أن يدفع الراهن هل يجب على المرتهن القبول يحتمل ذلك لانها عارية لاتلزم فلا يلزم المبني عليها والاصح انه لايجب فعلى الاول يعني وجوب القبول اذا لم يأخذ المرتهن المال فتلف الرهن في يده ضمن وعلى الثاني لايضمن وهو الاصح (قلت) اذا لم يجب القبول لم يبق احتمال لغير الاقرب الا ان تقول ان الاقرب مبني على

ويضمنه المستعير وان لم يفرط بقيمته (متن)

وجوب القبول وغير الاقرب مبني على عدم الوجوب كما مر مثله في ما بعد الحلول ثم ان وجوب قبول الدين قبل الاجل لا قائل به الا من شذ ممن تأخر عمن تأخر كما عرفت وان اراد وجوب قبول رهن عوض الرهن (ففيه) ان العارية ان كانت لازمة لا يجب وان لم تكن فجواز الرجوع ثابت من دون عوض فكيف مع العوض بل لا وجه لتخصيص ذلك بما اذا دفع الراهن لان ذلك جائز دفع او لم يدفع ان كانت جائزة والا فلا على كل حال (ثم قال في الايضاح) قال والدي يمكن توجيه هذه المسئلة بان تقول على القول بأنها عارية له الرجوع مطلقا اي قبل الحلول و بعده فلا يبطل الرهن فلا يجوز للمرتهن امساك العين بل يجعلها بقول الحاكم او باتفاقهما عند عدل ينصبه الحاكم لقبضها فان لم يفعل المرتهن كان ضامنا (قلت) فتكون الفائدة في رجوعه عن الرهن رفع يد المرتهن عن الرهن لا غير وهو بعيد عن العبارة وتكون المسئلة مبنية على أن العارية لازمة أو غير لازمة واحتمال فرض المسئلة فيما لو رضي المرتهن بقبول الدين أو البدل خلاف ظاهر العبارة مع ما فيه من مفاسد أخر (وكيف) كان فأقسام المسئلة على هذه الاحتمالات أن يقال تلف الرهن في يد المرتهن اما أن يكون قبل الحلول أو بعده وعلى الاول اما أن يدفع الراهن الدين أولا وعلى الثاني اما أن يكون بعد الافتكاك أو قبله وعلى الثاني اما أن يكون المعير قد طالب المرتهن بأن يلزم الراهن بالافتكاك فأهمل أولا أو يكون قد طالب الراهن بالافتكاك وعلم المرتهن ولم يلزمه به أولا يعلم وعلى التقادير اما أن يكون الرهن أزيد من الدين أو مساويا أو أنقص والراهن اما موسرا أو معسرا وعلى التقادير اما أن يكون من باب الضمان أو العارية اللازمة أو غير اللازمة مع لزوم الرهن أو عدم لزومه ولما كان فرض المسئلة في عدم التفريط لم يتوجه التعرض للتشقيق فيه فعلى القول أنه من باب الضمان فالظاهر أن لا ضمان على المرتهن ولا الراهن أما الاول فظاهر على جميع الاحتمالات وأما الثاني فلانه تلف من مالكه لانه لم يقض عنه شيأ والضامن انما يرجع بما أدى ولم يسقط الحق عن ذمة الراهن كما حكي عنهم ذلك في المبسوط وغيره وأما على القول بأنه عارية فأحكام هذه الاقسام لا تخفى بعد ما ذكرناه عند التأمل التام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويضمن المستعير وان لم يفرط ﴾ طاهر (المسالك) الاجماع عليه وقد سمعت كلام الاصحاب وانه ظاهر في ذلك في صدر المسئلة المتقدمة فجمعوا بين مقتضى العارية من وجوب الرد وافضائها الى التلف بوجوب ضمان العوض وهو صريح الايضاح وجامع المقاصد والمفاتيح وفي عارية التحرير لم يكن على أحد ضمانه وقد احتمله في الدروس لانها أمانة عندنا قال الا أن تقول الاستعارة المعرضة للتلف مضمونة (قلت) هو كذلك كما ستسمع فيما اذا تلف قبل أن يرهن وفي عارية الكتاب يضمن المستعير في المضمونة وهذا على القول بأنه عارية وان التلف بعد الرهن وأما على القول بالضمان فلا ضمان كما سمعت وظاهر اطلاقهم في المقام انه أي المستعير يضمن اذا تلف في يده بعد فكه وهو كذلك لما ستسمع من ظهور دعوى الاجماع على انه عارية مضمونة والمصنف في آخر كتاب الرهن من التذكرة استقرب عدم الضمان لان حفظ العين حينئذ بأذن المالك فصار كالامين وفيه نظر واضح ستعرفه ﴿ قوله ﴾ ﴿ بقيمته ﴾ كما (في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد) وغيرها يوم التلف كما في (المسالك والروضة) وظاهر جامع المقاصد واحتمل في التحرير ضمانها يوم الاقباض أو بأعلى القيم على اشكال والاصح

وكذا ان تعذر اعادته ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال (السابع) لو قال اذنت لي في رهنه بعشرة فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين (الثامن) لايصح رهن المجهول (متن)

أنه يضمنه بها يوم التلف لانه باق على ملك الغير وليس بأسوء حالا من الغاصب وتمام الكلام يأتي في محل آخر وذلك في القيمي لا المثلي ﴿قوله﴾ ﴿وكذا ان تعذر اعادته﴾ لغصب ونحوه كما في (الشرائع والتحرير) في أول كلامه والمسالك وظاهر الكتاب والشرائع ان تعذر الرد في حكم التلف مطلقا ما عدا بيعه في الرهن كما هو صريح المسالك وقد صرح في التحرير وفاقا للمبسوط انه اذا جنى العبد و بيع في الجناية انه يرجع بقيمته وهو يوافق اطلاق الشرائع والكتاب ولعله مبني على الغالب من بيعه بقيمته والا فالظاهر أن المالك يرجع بالا كثر من القيمة والثمن فليتأمل جيدا ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يرهن ففي الضمان اشكال﴾ الاقوى انه يضمن كما في (التذكرة) في موضع منها وقواعد الشهيد وجامع المقاصد وكاد يكون صريح التحرير وهو ظاهر مجمع البرهان لانه عارية مضمونة عندنا كما في التذكرة وقد نص الاصحاب على انها عارية مضمونه كما في الايضاح وذلك يقتضي انها تضمن بمجرد القبض ولانه قبضها للاتلاف في دينه فهو قبض ضمان فيكون المقتضي للضمان هو القبض لذلك لا الرهن في الدين فكان كالمقبوض بالسوم وفي (المسالك والروضة) لا يضمن الا بالتفريط وقد سمعت ما في الدروس وعارية التحرير وفي (التذكرة) بعد تسع وعشرين ورقة كما قلناه عنه استقرب عدم الضمان على الرهن في أول عنوان المسئلة ثم استشكل ثم استقرب العدم ووجهه انه أذن له ان لا يضمن الا بالرهن وانه انما يضمن بالتعريض للاتلاف وسببه الرهن والمسبب لا يتقدم على السبب وجوابه أن الموجب انما هو القبض على سبيل الضمان كما في كل عاريه مضمونة ويزيد أن هذا شبيه بالمعاوضة كما في الايضاح ومما ذكر يعلم الحال فيما اذا تلف في يد الراهن بعد فكه وطلب المالك له كما أشرنا اليه آنفا ﴿قوله﴾ ﴿لو قال أذنت لي في رهنه بعشره فقال بل بخمسة قدم قول المالك مع اليمين﴾ للأصل ولانه منكر لزيادة ما يدعيه المستعير والاصل براءة ذمته من وجوب ابقائه حتى يوفي العشرة وكان الاول أن يجعله تذنيبا لانه فرع الفرع لافرعا برأسه وقد يستشهد له بالاخبار والاجماعات الدالة على تقديم الراهن فيما اذا اختلف هو والمرتهن في مثل ذلك كأن قال الراهن رهنته بخمسة وقال المرتهن بعشرة كما ستسمع ذلك ان شاء الله تعالى عند تعرض المصنف له ﴿قوله﴾ ﴿لايصح رهن المجهول﴾ قال في المختلف قال الشيخ لو قال رهنتك هذا الحق بما فيه لم يصح فيه فيما لجهل به وهذا يشعر بمنع رهن المجهول والاولى عندي الجواز عملا بالاصل الدال عليه نعم لا يشترط تعيينه فلو قال رهنتك أحد هذين بطل انتهى (قلت) نفي في الخلاف الخلاف عن عدم صحة الرهن فيما في الحق وظاهره انه اجماع المسلمين كما هو عادته وصرح في (المبسوط) في مواضع بعدم جواز رهن المجهول وفي (التذكرة) لو كان ما في الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا في الظروف خاصة للجهالة على اشكال ويصح الرهن في الحق عندنا وان تفرقت الصفقة اذا كان له قيمة منفردة والتحقيق ما حققه الشهيد في حواشيه واقتفاه المحقق الثاني من أن المجهول من جميع الوجوه أو من بعضها بحيث يمنع من توجه القصد اليه لا يصح رهنه وما في الحق كالشاة من القطيع لا يتوجه القصد اليهما وأما المجهول لا كذلك كهذه الصبرة اذا لم يعلم قدرها فلا بأس به لان عقد الرهن ليس من العقود المبنية على

(التاسع) لو غصب عينا ثم باعها او رهنها او وهبها او اجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث او شراء وكيل وشبهه صح التصرف (العاشر) لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على اشكال كموهوب له الرجوع فيه وكالبائع مع افلاس المشتري اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فأنه باطل (متن)

المغابنة لان ذلك في عقود المعاوضات التي يطلب فيها كل من المتعاوضين غبن صاحبه لأن الرهن مبني على قبول الغبن لان الراهن مغبون للمرتهن قال في (التذكرة) الراهن والواهب مغبونان والمتهب والمرتهن مرتفعان ولا خيار لهما عند الرؤية كما اذا رهنه المال الغائب أو وهبه له لانتفاء الحاجة اليه ومعلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين أما لو شرط كل من الهبة والرهن موصوفين في عقد البيع مثلا فظهرت بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو غصب عينا ثم باعها أو وهبها أو رهنها أو أجرها ثم ظهر مصادفة التصرف الملك بميراث او شراء وكيل وشبهه صح التصرف ﴾ اذا أوقع الغاصب بعض هذه ظانا لزومها وعدم توقفها على اجازة المالك ثم ظهر سبق ملكه للعين على التصرف صح وكان القصد الى ذلك كافيا ولا يحتاج الى اجازة كما قلنا فيما اذا شرط عليه رهن في بيع فاسد فظن اللزوم فرهن وقد سمعت قول المصنف هناك ان له الرجوع كما في بعض النسخ وان كان ممن يعتقد توقفها على اجازة المالك فالظاهر توقفه على الاجازة لانه قصد البيع الموقوف على الاجازة دون المنجز وقد سبق في باب البيع ما اذا باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا ان فيه وجوها ثلاثة وان الاقوى الصحة وأما لو سبق التصرف الملك فعلى المشهور من كشف الاجازة يكون باطلا لتضاد الملكين من شخصين لشيء واحد بعينه وقد تحقق أحد الضدين وهو ملك الغاصب فينتفي الآخر وعلى القول الآخر من أنها ناقلة يصح وهل تتوقف على الاجازة احتمالان ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو رهن ماله الرجوع فيه قبله لم يصح على أشكال كموهوب له الرجوع فيه ﴾ رهن الموهوب في موضع يصح فيه الرجوع يصح كرهن ما فيه الخيار وفاقا للايضاح والدروس وجامع المقاصد وكذا حواشي الكتاب للاصل و وجود المقتضي وانتفاء ما يعده الخصم مانعا وعدم الفرق بينه و بين مافيه الخيار فكما صح ثمه صح فيما نحن فيه ولانه يصدق كل ملك يمنع غير من هو له من التصرف فهو ملك لازم و يلزمه بعكس النقيض على رأي القدماء كل ماليس بملك لازم فهو ليس بملك مانع غير من هو له من التصرف فيه و و[illegible] نم الصحة انه ليس ملكه قبل الرجوع فيه والرهن مشروط بالملك فيتاخر عنه فلو كان علة فيه لتقدم عليه فيلزم الدور وهو معنى مايقال ان الرهن موقوف على الملك الموقوف على الفسخ المتأخر عن الرهن (وقد أجاب) الشهيد عن مثل ذلك فيما اذا باع ذو الخيار ماله فيه الخيار بأنه دور معية كما بيناه في باب الخيارات عند قوله والاقرب صحة العقود وهو معنى قوله في الايضاح أن الجزء الاول من عقد الرهن علة في الرجوع والملك ومجموعه علة لصحة الرهن وهو مشروط بالملك فلادور انتهى وتأمل ونحن نقول المحصل للفسخ والملك القصد المقارن فيحصلان قبيله كما هو الشان فيمالو وطئ البائع أو أعتق أو وهب في مدة الخيار فانا لا نقول ان وطئه محرم ولا أول جزء منه وقد استوفينا الكلام في المسئلة في بيع ذي الخيار و باب الهبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكالبائع مع افلاس المرتهن ﴾ يريد أن البائع لو رهن عين ماله التي وجدها عند المفلس كان الرهن صحيحا لانه برهنه لها قد رجع بها

(الحادي عشر) لو رهن الوارث التركة وهناك دين فالاقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والاقدم حق الديان (متن)

وفسخ العقد وفي بعض نسخ الدروس لو رهن غريمه المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالاجود المنع وهذه غير مانحن فيه وحكمها ان الصحة تتوقف على الاجازة وفي بعض نسخه لو رهن غريم المفلس عينه التي له الرجوع فيها قبله فالاجود المنع واولى منه لو رهن الزوج نصف الصداق قبل طلاق غير الممسوسة وعلى هذه النسخة نطالبه بالفرق بينه و بين رهن الموهوب حيث صححه واستجود المنع هنا وهو غير واضح نعم رهن الزوج نصف الصداق المعين قبل طلاق غير الممسوسة غير صحيح بدون الاجازة لان الفسخ هنا لابد فيه من لفظ الطلاق والاشهاد كما هو ظاهر واليه اشار المصنف هنا بقوله اما لو رهن الزوج قبل الدخول نصف الصداق فانه باطل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن الوارث التركه وهناك دين فالاقرب الصحة وان استوعب ثم ان قضى الحق والاقدم حق الديان ﴾ لم يفرق المصنف هنا بين ما اذا استوعب الدين التركه ام لا واطلاقه يقضي بعدم الفرق بين ما اذا كان الوارث موسرا ام لا وهذه المسئلة يتوقف على بيان حال التركة اذا كان على الميت دين مستوعب لها او غير مستوعب وهي من المشكلات التي تعم بها البلوى وقد اضطربت فيها الفتوى حتى من الفقيه الواحد في الكتاب الواحد بل في الباب الواحد كما ستسمع (وتنقيح البحث) ان يقال قد اتفقوا على ان للديون تعلقا بالتركة على انها لاتنتقل الى الغرماء ولا الى الله سبحانه وتعالى لان مصبها حينئذ اوعية المساكين وعلى انها ان لم يكن هناك دين ولا وصية تنتقل الى الوارث بمجرد الموت وعلى ان الفاضل عن الدين ان لم يستوعب ينتقل الى الورثة ان لم يكن هناك وصيه وعلى ان ما زاد عن الثلث ينتقل اليهم وان وصى به اذا لم يجيزوا والظاهر انه لاخلاف في انهم اذا اجازوا كان تنفيذا للوصية لاعطية مبتدئة واختلفوا في مواضع (الاول) ما اذا كان الدين مستوعبا للتركه فهل تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة او تنتقل اليهم ويكون تعلق الدين بها كتعلق الارش برقبة الجاني فيصح للورثة له التصرف ويحتم عليهم اداء الدين المساوي لها او كتعلق الدين بالرهن فلا ينفذ تصرفهم الا مع الاجازة من الغرماء او يكون تعلقا مستقلا برأسه محتملا لنفوذ تصرف الورثة وعدمه (الثاني) ما اذا لم يكن الدين مستوعبا كما اذا كان انقص فقد اختلفوا فيما قابل الدين منها فنص بعض على انه على حكم مال الميت وآخرون على انتقاله الى الورثة وان تعلق حق الغرماء اما كتعلق الرهن او كتعلق الارش كما مر مثله في المستوعب واختلفوا ايضا في الفاضل عن الدين الذي اتفقوا على انه ينتقل الى الورثة فنصهم على انه لايجوز للوارث التصرف فيه قبل القضاء وانه لا يسقط شيء من الدين بتلف بعض من التركة لتعلق حق الغرماء بكل جزء منها متاعا لان التركة حينئذ باجمعها كالرهن و نص على انه ينفذ تصرفه فيه اي فيما زاد على الدين وللمصنف في ارث الكتاب مذهب غريب فانه ذهب الى ان التركة تنتقل الى الورثة اذا كان الدين مستوعبا واما اذا لم يكن مستوعبا فما قابل الدين على حكم مال الميت هذا واتفقوا على التقديرين اي الاستيعاب وعدمه على ان المحاكمة للوارث فيما يدعيه لمورثه وما يدعى عليه وانه لو اقام شاهدا بدين حلف هو دون الديان والظاهر اتفاقهم ايضا كما قيل على ان الورثه اولى واحق بعين التركه ولذلك قال قال بعضهم أن النزاع انما هو في قيمة التركة لا في عينها والا فالناس مسلمون

على انهم احق بالعين وانه من هنا نشاء الظن لبعض الناس ان القول بان التركة للورثة مع الاستيعاب هو المشهور بل ظن انه محل وفاق انتهى فليتأمل جيدا في قول هذا البعض (وكيف) كان فالقائل بان التركة تبقى على حكم مال الميت ولا تنتقل الى الورثة الشيخ في الخلاف وكذا المبسوط كما نقل عنه وابن ادريس في وصايا السرائر وباب قضاء الدين عن الميت والمحقق في الشرائع في باب المواريث والقضاء والقصاص والمصنف في الارشاد والشهيد في ميراث الدروس وقد مال اليه اوقال به الفخر في رهن الايضاح ومثله والده في وصايا المختلف وهو ظاهر المقنع والنهاية وفقه الراوندي بل هو ظاهر الخلاف او صريحه في باب الفطرة فيمن اوصى بعبد ثم مات قبل هلال شوال ولم يقبل الموصى له الا بعد ان هل فانه قال لا يلزم احدا فطرته وقضية ذلك كما فهمه منه في السرائر انه يبقى تلك المدة بلا مالك وهو مذهب الاكثر كما في المسالك والكفاية والمفاتيح وفي (السرائر) لاخلاف في ان التركة لا تدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه اصول مذهبنا وقد استدلوا عليه باستمرار طريقة الناس على دفع النماء في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون النماء لانكروا عليه اشد انكار وبقوله جل شأنه (من بعد وصية يوصى بها او دين) ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد اربع مرات وما كانت عادته سبحانه في بيان الاحكام ذلك بل يجمل ويحيل وقال الاردبيلي في اياته قالوا ان قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها او دين متعلق بجميع ما تقدم من اول قسمة الميراث فالمال بمقتضى ظاهر الاية الشريفة اما باق على حكم مال الميت او منتقل الى الغرماء ولا قائل بالثاني فتعين الاول وقد استدل بها جماعة كالشيخ وابن ادريس وفخر الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال الى الورثة والحمل على استقرار الملك او على استقرار الظرف أعني قوله جل شأنه من بعد وصية وجعله حالا من الانصباء المذكورة في الاية الشريفة حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالفرض او غيره بعد الوصية والكون والثبوت اعم من الملك فيجوز ان يكون المراد ان ذلك يكون لهم بعد الوصية والدين على وجه الاستقرار بعد ان كان متزلزلا يدفعه ان المتبادر انما هو الملك والاستحقاق كما في المال لزيد ومن ثم سمى النحاة هذه اللام لام الملك فكيف ينزل قوله تعالى له النصف على ان المراد يستقر له ما في ملكه من قبل ان هو الا اعراض عن الظاهر الى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب ان الظاهر ان الظرف لغو لا حال من الثلث مثلا ومن هنا يظهر ضعف ما في حجر جامع المقاصد من ان الاية الشريفة انما تدل بمفهوم المخالفة وهو ضعيف انتهى لانه من المنطوق الذي لا يلحظ فيه المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد ومثله كثير كما في قولنا اذا باعك فاشتر واذا سلم عليك فرد عليه السلام فليتدبر في ذلك فقد صح لنا ان نقول ان المعلق في الاية الشريفة اما الملك او جواز التصرف اوهما معا اولا واحد منهما والاخير باطل قطعا كالثالث لانه يستحيل تعلق الملك على تعديه الدين والوصية مع بقاء جواز التصرف مطلقا اي اي تصرف كان حتى يكون المعنى في احد الوجهين انه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين احد الاولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من الكلام وعدم تبادر كون الظرف حالا من الانصباء والتقدم في قوله جل شأنه من بعد هو التقدم الذي اراده المتكلمون وهو ان المتأخر لا يجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض اجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك او جواز

تصرفه في رهن اوغيره حتى ينتفي المتقدم وستسمع تمام الكلام في الاية الشريفة وقال في (جوامع الجامع)(١) لاخلاف في ان الدين مقدم على الوصية والميراث وان قدمت الوصية على الدين فكأنه قيل من بعد احد هذين فان لفظ او لا توجب الترتيب وانما هي لاحد الشيئين أو الاشياء ولعله اراد ان ايراد او لارادة بيان التساوي بين الدين والوصية في تقديمهما على الارث وان كل واحد منهما مستقل في التقديم لا لان احدهما مقدم لا المجموع وتقديم الوصية اما لانها مظنة التفريط أو لان الغالب في اهل الحده واصحاب الاموال انما هو الوصية أو لانه لا ينبغي ان يترك الدين الى ما بعد الموت واستدلوا على هذا القول بما رواه ثقة الاسلام في باب قضاء الزكوة عن الميت في الصحيح عن عباد بن صهيب الذي وثقه النجاشي والمصنف في الايضاح والظاهر وقوع الاشتباه من الكشي فان مافي الحديثين من القدح فيه انما وقع من عباد بن كثير البصري كما يظهر من احاديث اخر مع ان في الحديث الثاني تصريحا به مضافا الى ان الشيخ في (ست) و (قر) و (ق) لم يتعرض لفساد عقيدته وابن ابي عمير عن الحسن عنه وقال الاستاذ في الفوائد الرجالية لاتأمل ولا شبهة في كون ابن صهيب ثقة جليلا وكثيرا ما رأينا الكشي يروي الاحاديث الواردة في شخص في آخر لمشاركته له في الاسم او الكنية او اللقب سلمنا ولكن اقصاه ان يكون موثقا والموثق حجة عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكوته في حيوته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم اوصى به ان يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما اوصى به من الزكوة وهي ظاهرة او صريحة في المراد ولا قائل بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها و بصحيحة سليمان بن خالد عن ابي عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين والحمل على استقرار الملك خروج عن الظاهر كما هو الظاهر ولا يخفى عليك ان هذه الادلة الثلثة تدل على عدم الانتقال الى الورثة وان لم يستوعب الدين التركة فليتأمل وقد ذهب ناس الى ان الميت ثمن يملك على الحقيقة كما يبقى عليه الدين بل قيل قد يتجدد له الملك بعد الموت كملكه لديته ولما يقع في شبكته كما هو خيرة وصايا الروضة ومال اليه الفخر في ميراث الايضاح ونسبه الى بعض ولعله اراد المحقق في باب القصاص فيما اذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال وكأنهم استندوا الى انهم اجمعوا على ان ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له الا الملك والحق ان ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك اي ان الميت في حكم المالك له لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه واني يملك الميت وبالموت تزول عنه الاملاك وما ذكره في وصايا جامع المقاصد من الاتفاق على أن المال لا يبقى بلا مالك فلعله يريد ما اتفق العلماء على نفيه من انه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والا فكيف يتم له ذلك والاكثرون من القدماء على ان التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط بها الدين لكن كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بد له من مالك حقيقة ولا يجدي هذا التأويل ثم انه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا مملوك انه يشترى من التركة ويعتق ليرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا مالك ومثله مالو أوصى

(١) وبعض الناس يسميه بجامع الجوامع وهو غلط (كذا بخط المصنف قدس سره)

بأن يصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الآجر والجص لبناء القناطر ونحو ذلك مما هو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة ولم تدر ماذا يقول فيمن مات ولا وارث له الا مملوك ولعله يريد الاتفاق بينه وبين خصمه في ملك الوصية او اتفاقا حدث فيما قارب عصره لكن الشهيد ممن يوافق الخلاف كما عرفت (وأما) القول بأن التركة في الفرض المذكور للورثة فهو خيرة المبسوط على ماوجدناه وجامع الشرائع ومواريث الكتاب وقضائه وشفعته ووصاياه وحجره ورهنه كما تعطيه عبارته هنا وقضاء التحرير والمختلف ورهن التذكرة وحجرها وحجر الايضاح ووصاياه وجامع المقاصد في المقام والحجر والوصايا والمختلف أيضا في ظاهره أو صريحه في موضع آخر منه وكذا حواشي الشهيد في المقام والمواريث وقضاء المسالك ومواريثه ومواريث كشف اللثام وظاهر حجر التذكرة الاجماع عليه حيث قال الحق عندنا ان التركة تنتقل الى الوارث وقد سمعت اجماع وصايا جامع المقاصد وربما ظهر من بعضهم انه المشهور وحجتهم ان المال لا يبقى بلا مالك وان الاجماع منعقد على انها لا تنتقل الى الغرماء فتعين الانتقال الى الورثة وانها لولم تنتقل اليهم لما شارك ابن الابن عمه لو مات أبوه بعد جده وحصل الابراء حينئذ والتالي باطل اجماعا فالمقدم مثله وان الحالف مع الشاهد انما هو الوارث فلولا الانتقال لساوى الغريم وقد عرفت مايجيب به أهل القول الاول عن الدليل الاول ولعلهم يجيبون عن الثاني بأن الابراء مما يكشف عن الانتقال من حين الموت فتأمل وعن الثالث بأن ذلك لمكان الاولوية والاختصاص بالاعيان فليتأمل (وكيف) كان فعلى القولين يمنع الوارث من التصرف فيها الى أن يوفي الدين أو يأذن الغرماء وقد حكى على ذلك الاجماع في قضاء الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في قضاء دين الميت قال في (الايضاح) أجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين محيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرماء ونحوه قال في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التتبع لان أصحاب هذا القول يقولون ان تعلق الدين بها تعلق الرهن بالدين كما في المبسوط وغيره وهو الذي جزم به المصنف في ثلاثة مواضع من الكتاب كالمواريث والقضاء والوصايا وانما يترددون في أنه كتعلق الرهن أو تعلق الارش فيما اذا لم يستوعب وقل من تردد في الامرين فيما نحن فيه على انك ستعرف فيما اذا لم يستوعب ان جماعة على أن التعلق فيه كتعلق الرهن بل لم أجد مصرحا في المقامين بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد في حواشي الكتاب في باب الحجر عن السيد الرضي رضى الله عنه ولم يظهر من جامع المقاصد في الباب تبعا للكتاب حيث وربما هنا صحة رهن الوارث التركة لكنه في جامع المقاصد رجع عنه في باب الحجر فقال بالمنع فيما اذا لم يستوعب وان كان ربما ظهر منه في اثناء الكلام التردد أو العدول فهنا أولى بالمنع أو التردد والمصنف كانه متردد في الباب المذكور وقد جزم في التحرير بعدم صحة الرهن في المقام وقد سمعت ماجزم به في المواريث وغيره بل جزم في المواريث بانه كالرهن فيما اذا لم يستوعب وفي (المبسوط) ذكر الاحتمالين في المقام من دون ترجيح وقد سمعت ماحكيناه عنه وستسمع ايضا من ان التعلق عنده كتعلق الرهن فيما لم يستوعب وكيف كان فالمنع من التصرف فيما نحن فيه اعني مع الاستيعاب مما لا ينبغي الشك فيه على القولين للاجماعين المعلومين الذين يشهد لهما التتبع وغيره وانما تظهر الثمرة في النماء كما صرح به جماعة كثيرون وهو ايضا مما يؤيد الاجماعين المذكورين واما المحاكمة والتخيير في جهات القضاء فانهما ثابتان على القولين كما عرفت آنفا وصرح بهما جماعة وليعلم ان الفخر في الايضاح

والمحقق الثاني اختارا ان تعلق الدين بالتركة ليس واحدا من التعليقين وانما هو تعلق ثالث مستقل برأسه وقد حكي عن الشهيد وحكاه في التذكرة عن بعض العامة ولا فائدة مهمة في المقام تقتضي تحرير ذلك واذ قد ثبت منع التصرف فلو ظهر ان هناك دينامستوعبا وقد تصرف الوارث كان تصرفه غير نافذ اذا لم يؤد الوارث ولا كذلك ما اذا حدث دين كأن كان قد باع متاعا واكل ثمنه فرد بالعيب السابق فالظاهر نفوذه ان ادى الدين والا فسخ المدين التصرف توصلا الى اخذ دينه من تركته وكلام المصنف في هذا الفرع في باب الحجر غير منقح واما اذا لم يستوعب الدين التركة فقد علمت ان الكلام يقع فيه في مقامين في الفاضل عن الدين وفيما قابله اما الاول ففي ميراث الكتاب انه يمنع من التصرف فيه ونكون التركة بأجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الحجر والرهن والدروس في الارث وجامع المقاصد في موضع من الحجر كما عرفته آنفا وايضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط وقد سمعت مافي السرائر من الاطلاق الآية الشريفة والخبرين المتقدمين وانه لا اولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف ولما خرج الميت عن صلاحية استغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل مايمكن أدائه منه من أمواله لاس حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم الانتفاء ولان الباقي اذا تلف قبل القضا ضمن الوارث وهذا يدل على أن التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر واحتمل في التذكرة نفوذ التصرف فيه اي في الفاضل عن الدين وهو خيرته في حجر الكتاب وقضائه والتمهيد في حواسيه على مواريث الكتاب والمسالك والكفاية وهو قضية كلام جامع الشرائع بل صريحه في باب الدين للضرر والحرج وابعد الحجر في مال كثير ليسير جدا وان الحجر انما وقع لاجل الدين وذلك يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس على ذلك ويكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الاكمال فان تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على نقض تصرفه على الاجود ولعله اذا عزل وعين مايقوم بالدين وزيادة كان أحوط وقد يستدل على ذلك بما رواه المشايخ الثلاثة عن البزنطي باسناده أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال وقد رواه الحر العاملي عن ابي الحسن عليه السلام بهذا المتن وهو صحيح الى البزنطي في طريقي الكافي والتهذيب فيكون صحيحا عند جماعة ممن تأخر لولا الاضمار وروى في الكافي التهذيب عن البجلي عن أبي الحسن عليه السلام بهذا المتن مع تغيير فيه فالا كانه سهو من بعض الرواة ويبقى الكلام في الآية الشريفة لانك قد عرفت انها ظاهرة في خلاف هذا القول الا ان تقول ان الاحتمالات في البعدية في قوله جل شأنه من بعد وصية يوصى بها أو دين ثلاثة (الاول) ان يكون المراد من بعد وصولهما لاهلهما فلا يجوز التصرف فيما قبله بوجه من الوجوه (الثاني) ان يكون المراد من بعد عزلهما وتعيينهما فلا يجوز قبله بوجه (الثالث) من بعد وجودهما في المال الواسع فيجوز التصرف فيما يفضل او في الكل ويكون ضامنا وقد يؤيد الاخير انه تثبت ملك الام الثلث مثلا فلها التصرف فيه كيف شاءت وقوله جل شأنه من بعد الوصية والدين لا بد ان يحمل على معنى لا ينافي ذلك وهو الوجه الاخير وقد عرفت ما يؤيد الاول من الخبرين وغيرهما فالقول بالمنع اوفق بظاهر الادلة واشبه باصول المذهب واقرب الى الاعتبار ولا سيما مع الاعسار او عدم الوثوق بالوارث واحوط في الدين والضرر

﴿ الفصل الثالث في العاقد ﴾ ويشترط كمالية الموجب والقابل وتملك الموجب او حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو اصلاح عقاره (متن)

والحرج يندفعان بالاستيذان من الدين أو الدفع اليه او الى الحاكم ان عسر الوصول اليه او العزل عند الثقة الامين كما ذكروه في باب الدين وقد اوضحنا الحال في ذلك ونحوه عند شرح قوله ولو غاب المدين والاستبعاد لا يصلح ان يكون دليلا والسيرة سيرة عوام والا فالعلماء مختلفون ومضطربون والخبر ان غير صحيحين ولا صريحين لاحتمال حملها على القرض والضرورة مع ما اشتمل عليه الاخير من المخالفة الاجماع كما اشرنا اليه مع ان اصحاب هذا القول ما الموا بهما ولا وجدت احدا ذكرهما دليلا وكيف كان فلا ينهضان على مقاومة ادلة القول الآخر ومما ذكر في المقامين يعرف حال ما قابل الدين من التركة والحال في الوصية والدين واحد كما في جوامع الجامع وفقه الراوندي وغيرهما مما صنف في آيات الاحكام وبه صرح جماعة في باب الوصايا مستدلين بالآية الكريمة وان كانوا في باب الدين والرهن والحجر والمواريث والقضا انما تعرضوا لحال الدين وهذه المسئلة قد تعرضنا لها في باب المواريث واسبغنا الكلام فيها هناك وكذلك في باب القضا وكثير من الاصحاب ما تعرض لها ومن تعرض لها ما اسبغ الكلام فيها كما سمعت كلامهم حتى ان اصحاب آيات الاحكام كالراوندي والمقداد والمولى الاردبيلي والمفسرين من الخاصة والعامة كالبيضاوي وغيره ما تعرضوا للحكم فيها اصلا ما عدا المولى الاردبيلي فانه نظر وتأمل واحتمل ثم قال ان المسئلة مشكلة ثم احالها على كتب الفروع وقال ان العلامة اختلف كلامها فيها في القواعد في ثلثة مواضع ﴿ الفصل الثالث في العاقد ﴾

-٦٠- قوله ﴿ ويشترط كمالية الموجب والقابل ﴾ كما هو الشان في سائر العقود والكمالية بالبلوغ والرشد وجواز التصرف والقصد والاختيار كما عبر بذلك جماعة وفي (المبسوط والسرائر والجامع والشرائع والارشاد) وغيرها الاقتصار على كونهما جائزي التصرف والحكم في ذلك واضح فلا يصح رهن الصبي والمجنون مطلقا ومعتورا ولا الغافل والساهي والنائم والسكران والعابث والهازل ولا المكره المسلوب القصد فان لم يسلبه فكالفضولي يتوقف على اجازته بعد لا كالصبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتملك الموجب ﴾ قال في (جامع المقاصد) لو قال وملك الموجب لكان أولى وأخصر مع ان فيه ايهام الاكتفاء بتجدد تملكه (قلت) لعله أراد ادراج المكاتب لانه ليس مالكا على الظاهر بل متملك وادراجه في حكم المالك كالوكيل والولي لا يخلو من بعد فالتملك يشمله والمالك اما على الاشتراك بمعنييه أو على عموم المجاز والايهام المذكور موهوم أو أراد دفع توهم التكرار لانه لو قال وملك الموجب لربما فهم انه يشترط أن يكون الرهن مما يملك وقد تقدم حكمه والامر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو حكمه كالمستعير وولي الطفل مع المصلحة كالاقتراض في نفقته أو اصلاح عقاره ﴾ أما المستعير فقد تقدم الكلام فيه وأما ولي الطفل ففي (المسالك) انه لا خلاف عندنا في أنه يجوز له أن يرهن ماله اذا افتقر الى الاستدانة مع المصلحة والمخالف بعض الشافعية فمنع من رهنه مطلقا قلت وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وغيرها وقيده في المبسوط والروضة والرياض بما اذا لم يكن بيع شيء من ماله أعود وفي الاخيرين أو لم يمكن وفي (التذكرة والمسالك) بما اذا تعذر البيع وفي الاولين والروضة يجب أن يكون على يد ثقة يجوز ايداعه منه قلت ويصح أن يرهن ماله فيما اذا اشترى له بمائة نسيئة

مايساوي مائتين ورهن من ماله مايساوي مائة فان لم يعرض التلف ففيه الغبطة الظاهرة وان عرض فلا ضرر مع حصول الغبطة أيضاً كما صرح به في التذكرة وأشار اليه في المبسوط بقي الكلام فيما اذا لم يرض الا برهن تزيد قيمته عن المائة ولم يكن الرهن مما لايخشى تلفه كالعقار كأن يكون مما يخاف عليه التلف وقد قوى في التذكرة الجواز في موضع يجوز ايداعه وأنت خبير بأن الارهان مانع من التصرف فربما يتلف فيتضرر به الطفل بخلاف الايداع فليتأمل وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والدروس)وغيرها انه يجوز لولي الطفل أخذ الرهن له اذا باع ماله نسيئة اذا كان له فيه الحظ ومثله مافي اللمعة والدروس والروضة من أنه يصح أخذ الرهن له اذا بيع كذلك أو خيف على المال ونحو ذلك مافي الكفاية ويمكن أن يراد بالجواز أو الصحة المعنى الخاص فلا يجب لاصالة العدم اذا كان الدين في ذمة ملي أو ثقة وجواز ابضاع ماله ولا يتصور فيه الرهن وكأن المراد به هنا معناه الاعم والمقصود منه الوجوب و به قطع في التذكرة قال بعد ماحكيناه عنه ولو كان المشتري موسراً لم يكتف الولي به بل لابد من الارتهان بالثمن قال ولو لم يحصل أو حصل الظن بيساره وأمانته أمكن البيع نسيئة بغير رهن كما يجوز ابضاع مال الطفل انتهى وفي(المسالك والروضة والرياض) انه يعتبر كون الرهن مساويا أو أزيد وكونه بيد الولي أو عدل والاشهاد على الحق فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الامكان وفي (حجر التذكرة) انه يرتهن به رهنا وافيا فان لم يفعل ضمن وفي رهنها انه لافرق في ذلك بين الاولياء فالاب والجد له والوصي والحاكم وأمينه سواء في ذلك وفي (المبسوط) ان هؤلاء الخمسة لايصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظ للصغير وفي(حجر التذكرة) لايحتاج الاب اذا باع مال ولده عن نفسه نسيئة أن يرتهن له من نفسه وكذا لو اشترى له سلما مع الغبطة بذلك والحاصل من مجموع كلامهم وما يقتضيه أصول المذهب انه يجوز لولي الطفل مطلقا الرهن والارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة سواء رهن أو ارتهن مايخاف تلفه أم لا في بيع أو قرض بل قد يجبان اذا قطع بالتلف أو الذهاب لو لم يرهن أو يرتهن ونحو ذلك ما اذا باع له أو منه نسيئة مع كمال الغبطة كما أشرنا اليه آنفا اذا لم يحصل الاطمئنان أما لو اطمئن الاطمئنان لمكان الديانة والملاءة والايمان جاز كذلك من غير رهن وارتهان والعقار بفتح العين (وقد) تعرض الاصحاب في المقام لحال اقراض الولي مال الطفل للغير واقتراضه منه لنفسه أما الاول ففي(المبسوط) انه لايجوز له القرض الا في موضع الضرورة كالخوف من نهب أو حرق أو غرق فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقة ملي يقدر على قضائه وزيد في جامع الشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك ومجمع البرهان مع الارتهان وزيد في جامع الشرائع والمسالك الاشهاد وفي (حجر التحرير)ان استرهن كان أحوط وفي(الكفاية)ان الاحوط الاقراض من الثقة الملي والارتهان والاشهاد مع الامكان واقتصر في الشرائع والارشاد واللمعة ورهن التذكرة وحجر الكتاب على انه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه ويرتهن وقضية كلام هؤلاء انه مع امكان الرهن لايعتبر كون المقرض ثقة لانضباط الدين بالرهن وصرح بعضهم ان ذلك غير واجب ولا يبعد القول بالوجوب اذا ظهرت امارات الخوف بل لايبعد وجوب الاشهاد اذا قلنا ان أداء الدين من الوكيل بغير اشهاد تفريط وفي (حجر التذكرة) انه لو تمكن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن وفي (الشرائع وحجر الكتاب واللمعة والروضة والمسالك)انه لو تعذر الرهن في موضع الخوف والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة غالبا وزاد في اللمعة العدل بعد الثقة واقتصر في الارشاد على اقراضه من الثقة وقضية

كلامهم انه اذا تعذر الثقة لا يجوز الاقراض وهو مشكل بل الاقراض اولى لانه مرجو الحصول في الدنيا أو الآخرة بخلاف التلف من الله سبحانه الا ان يثبت العوض عليه جل شأنه فيرجح لانه اكثر فتدبر وفي (مجمع البرهان) اذا تعذر الرهن اكتفي بالملائة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودهما يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم الملي وفي (جامع المقاصد) كل موضع جاز له ان يقرضه فيه فانه يشترط أن يكون المقترض مليا أمينا فان تمكن من الارتهان ارتهن وان تعذر جاز من غير رهن لان الظاهر ممن يستقرض من أجل حظ اليتيم انه لا يبذل رهنا واشتراطه مفوت لهذا الحظ هذا والجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللمعة تأكيدا وتفسيرا للثقة بالعدل لان ذلك هو المعتبر شرعا مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فانها أعم من الشرعية والمراد بقولهم الثقة غالبا الثقة في ظاهر الحال يعني الاكتفاء بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظرا الى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لان المراد كونه في أغلب أحواله ثقة دون القليل لان ذلك غير كاف وقد صرح في التذكرة أيضا بأنه لو لم يكن لليتيم حظ وانما قصد ارفاق المقترض لم يجز اقراضه كما لو لم تجز هبته وقال ان من الخوف على مال اليتيم ما اذا خاف على حنطته من السوس ومثل ذلك قال في المسالك وأما الثاني وهو اقتراض الولي من مال الصبي لنفسه فقد أجازه الشيخ في النهاية والطوسي في الوسيلة اذا كان متمكنا من قضاء ذلك وقال في (السرائر) لا يجوز له بحال لانه أمين والامين لا يجوز أن يتصرف في أمانته وقد ذكر القولين في التحرير من دون ترجيح وفي (جامع الشرائع وجامع المقاصد) اشتراط الملائة والمصلحة للطفل واحتمل ذلك في المسالك والكفاية قالا لانه كاقراضه لغيره لانه تصرف في مال اليتيم وهو مشروط بالمصلحة واحتملا جواز اقتراضه مع عدم الضرر على الطفل وان لم يكن له مصلحة قال في (المسالك) لاطلاق رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام انه سئل عن رجل ولي يتيم فاستقرض منه فقال ان علي ابن الحسين عليهما السلام كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك قال والرواية مع تسليم سندها مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة (قلت) الرواية صحيحة في أحد طريقي الكافي رواها عن منصور بن حازم وفي آخر رواها عنه بطريق غير صحيح لكنه عندنا قوي لان معلى ابن محمد لم يثبت عندنا اضطرابه ورواية أبي الربيع مذكورة في التهذيب ومثلها عنه في الكافي والتهذيب في سند صحيح الى الحسن بن محبوب والمصنف في التذكرة استدل على اشتراط الملائة والمصلحة برواية أبي الربيع المذكور ولم يتضح لنا وجهه وينبغي أن يعتبروا الرهن عليه حذرا من افلاسه وزيادة ديونه فيحفظ بالرهن وكذا يعتبر الاشهاد حفظا للحق كما قالوا مثله فيما اذا قوم الوصي على نفسه مع كون البيع مصلحة للطفل ورد بما فسر قوله جل شأنه (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) بأن يكون للمتصرف مال بقدر مال الطفل زائدا على المستثنيات في الدين وفسره بعضهم بكون المتصرف قادرا على اداء الدين المأخوذ من ماله بحسب حاله وفي رواية ابن أسباط ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا بأس وان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم ونحوه روايته الاخرى ونحوهما غيرهما مما تضمن العمل بمال اليتيم على سبيل القراض أو القرض وكلها خالية عن اشتراط الرهن والاشهاد وهذا حديث اجمالي وتمام الكلام في باب الحجر بلطف الله سبحانه وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم وقد تقدم في باب الزكوة وباب القرض ماله نفع في المقام

ولو استدانا ورهنا ثم قضي احدهما صارت حصته طلقا ان لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الدين ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف خاصة (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ لو استدانا ورهنا ثم قضى أحدهما صارت حصته طلقا ان لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء ﴾ يريد انه لو استدان شخصان من رجل مقدارا معلوما كمائة درهم مثلا ثم رهنا عنده على الدينين رهنا مشتركا بينهما بعقد واحد صادر منهما مباشرة أو توكيلا ثم قضى أحدهما ما عليه صارت حصته من الرهن طلقا كما صرح بذلك في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) والمخالف أبو حنيفة حيث قال ان الرهن رهن بكل الدين ومثل القضاء الابراء هذا اذا لم يجعلا في حال الرهن مجموع كل من الاستحقاقين رهنا لمجموع الدين وبكل جزء منه أما لو جعلاه كذلك فلا انفكاك لان رهن الغير ملكه على مال آخر جائز بخلاف ما اذا لم يجعلاه كذلك لان الرهن ملك الانسان على دين غيره خلاف الاصل فلا يصار اليه الا بما يدل عليه ولما انتفى وجب أن يصرف ملك كل منهما الى ما عليه من الدين وحينئذ فينفك نصيب كل منهما بأداء ما عليه لامتناع بقاء الرهانة بعد أداء الحق وفي (المبسوط والتذكرة) ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب بها الشريك وانه لايجوز للمرتهن أن يقاسمه الا بأذن الشريك ونحوه ما في التحرير وجوز في المبسوط ان يقاسمه وان لم يأذن الشريك اذا كان الرهن من المكيل والموزون ثم قال الاحوط ان لايجوز القسمة الا برضاه في كل شيء ولم يتعرض المصنف هنا لحال القسمة وسيتعرض لها في الفصل السادس حيث قال قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل أولا كالعبد (وتفصيل الكلام في المقام) أن يقال العقد اما أن يتحد أو يتعدد فعلى الاول فاما أن يتحد الراهن والمرتهن أو يتعدد الراهن فقط أو المرتهن كذلك وكذا الحال اذا تعدد العقد على كل الاحوال فالرهن اما واحد بالذات أو متعدد والمصنف قد بحث عن صورتين في المقام احداهما تعدد الراهن واتحاد المرتهن مع اتحاد العقد كما عرفت والثانية عكسها كما ستسمع (وهناك تفصيل) آخر وهو أن يقال ينفك بعض الرهن دون بعض بأحد أمور ستة (الاول) تعدد العقد كما اذا رهن نصف العبد بعشرة بصفقة على حده و صفه الآخر في صفقة أخرى فانه اذا قضى دين أحد النصفين خرج ذلك النصف عن الرهن و بقي الآخر رهنا بدينه المختص (الثاني) ان يتعدد من عليه الدين وهو ما ذكره المصنف هنا (الثالث) أن يتعدد مستحق الدين وهو ما يأتي (الرابع) أن يقضي احد الموكلين كما لو وكل رجلان رجلا في أن يرهن عبدهما من زيد بدينه الذي عليهما فرهن ثم قضى أحد الموكلين (الخامس) اذا فك المستعير نصيب أحد المالكين (السادس) أن يقضي أحد الوارثين ما يخصه من الدين على أحد الاحتمالين فيما اذا رهن عبدا بمائة ثم مات عن ولدين فقضى أحدهما حصته من الدين فانه يحتمل أن يفك نصيبه كما لو رهن في الابتداء اثنان ولعل الاقوى عدم الانفكاك لان الرهن في الابتداء انما صدر من واحد وقضيته حبس كل المرهون الى أداء كل الدين ولا كذلك لو لم يكن هناك رهن وتعلق الدين بكل التركة أو بعضها ففك أحدهما نصيبه فانه ينفك لان تعلق الدين بها ان كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن وان كان كتعلق الارش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه وسينبه المصنف على ذلك في أواخر الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعدد المرتهن واتحد العقد من الواحد فكل منهما مرتهن للنصف ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد) اذا استوى

وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال فأن وفى احدهما صار النصف طلقا فان طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر اجيب والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهنا ونصفه امانة والراهن والمرتهن ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر (متن)

قدر الدينين وهذه هي الصورة الثانية التي أشرنا اليها آنفا وهي تنحل الى صورتين لانه اما أن يتحد فيها قدر الدين أو يختلف فعلى الاول يكون كل منهما مرتهنا للنصف فكان بمنزلة عقدين فاذا وفى أحدهما خرجت حصته من الرهن كما ذكره المصنف هنا وعليه نص في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد ومنع أبو حنيفة من انفكاك شيء حتى يؤدي دينهما جميعا قياسا على الرهن الواحد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي التقسيط مع اختلاف الدين اشكال ﴾ هذه هي الصورة الثانية من الصورة الثانية وهي ما اذا اختلف قدر الدين سواء اختلف مع ذلك في الجنس أم لا فيحتمل التقسيط والتنصيف والتقسيط أقسط اذا لم يف الرهن بالمجموع وهو خيرة الايضاح وجامع المقاصد لقيام الدليل عليه لأن مقتضى الرهن قضاء الدين كله من ثمن المرهون اذا وفى وفيما نحن فيه اذا قضى الزائد من احد الدينين على الآخر من ثمن الرهن اقتضى تعلق ذلك الزائد بالرهن فيكون متعلق مجموع الدين الزائد من الرهن أكثر من متعلق الآخر وان لم يقض امتنع كونه رهنا بالمجموع وقد فرض كونه رهنا بالمجموع فكان التقسيط مستفادا من خارج وهو جعل الرهن رهنا بالمجموع لا من أصل التشريك (ويمكن) أن يستدل عليه بعكس النقيض على مذهب القدماء كأن يقال كل مالم يجب صرف ثمنه مع بيعه في الدين لم يكن متعلقا به و يلزمه قولنا كل ماصرف ثمنه في الدين مع بيعه تعلق به وأكثر الثمن ثمن الاكثر مع تساوي الاجزاء فيكون الدين الاكثر متعلقا به وهو المطلوب ولا قائل بالفرق بين متساوي الاجزاء ومختلفها كما في الايضاح (ووجه التنصيف) انه أصل في الاشتراك كما شرك بينهما في المالكية وان الاسباب اذا اجتمعت تساوت (والجواب) ان الاصل قطع بما ذكرنا وكذا أصل تساوي الاسباب في التقسيط ثم ان المفروض عدم تساويها (وليعلم) أن تعلق الدين بالرهن على أربعة أقسام (تعلق) كل الدين بكل الرهن (وتعلق) كل الدين بكل جزء من الرهن (وتعلق) كل جزء من الدين بكل الرهن وهذا أدعى في المبسوط الاجماع عليه (وتعلق) كل جزء من الدين بكل جزء من الرهن والمذكور في كلام (كتب خ ل) الاصحاب ثلاثة أقسام يأتي ان شاء الله ذكرها وتمام الكلام فيها عند تعرض المصنف لذلك في الفصل السادس عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان وفى أحدهما صار النصف طلقا ﴾ كما عرفت وجهه وان ذلك عند التساوي أو اذا قلنا بعدم التقسيط عند التفاوت ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان طلب قسمة المفكوك ولا ضرر على الآخر أجيب ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة) والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فلا بل يقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه أمانة ﴾ كما في (التذكرة) وحكاه فيها عن الشيخ لما في ذلك من تضرر المرتهن بالقسمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ليس لاحدهما التصرف الا باذن الآخر ﴾ كما في (المراسم والتحرير والارشاد والتبصرة ومجمع البرهان) وفي (المهذب البارع) انه المشهور وفي (التذكرة) بعد أن ذكر انه يمنع من التصرفات القولية كالبيع والهبة والرهن قال وكذا التصرفات الفعلية يمنع من جميعها اجماعا وفي (مجمع البرهان) الظاهر ان عدم جواز تصرف المرتهن مما لا خلاف فيه قلت هو كذلك وستسمع

اجماع المفاتيح لانه ليس ماله مجردا ومجرد الرهن لا يستلزم جواز التصرف مضافا الى العمومات وخصوص بعض الروايات كموثقة عبيد بن زرارة وموثقة عبد الله بن بكير حيث تضمنتا انه لا يباع حتى يجيء صاحبه ونحوهما موثقة اسحق بن عمار والظاهر ان المراد من منعه من التصرف عدم الصحة أو عدم النفوذ كالفضولي لا حصول الاثم وفعل الحرام بقوله بعت كما بيناه في بيع الفضولي وأما الراهن فليس له التصرف في الرهن ببيع أو نحوه مما يوجب ازالة الملك ولا اجارة أو سكنى وغيرهما مما يوجب نقصه كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتحرير والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك وهو قضية مفهوم كلام الغنية بل هو قضية كلام الباقين بالاولوية كالشيخ في الخلاف والمبسوط وغيره كما ستسمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه وفي (غاية المرام) لا شك فيه وفي (المفاتيح) ليس لاحدهما التصرف فيه الا باذن الآخر اجماعا الا تصرفا يعود نفعه عليه انتهى ما أردنا نقله من كلامه (وحجتهم) بعد الاجماع النقل المشهور كما في ايضاح النافع من قوله صلى الله عليه وسلم الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ونحوه ما في التنقيح وأما ما لا يوجب ازالة الملك ولا نقصه فصريح الوسيلة والتحرير والتذكرة في اثناء كلام له والروضة والمسالك منع الراهن منه أيضا وهو ظاهر اطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والتبصرة والارشاد والدروس واللمعة والمهذب البارع وهو قضية مفهوم كلام الغنية وفي (الرياض) ان الشهرة به عظيمة وفي (مجمع البرهان) انه ظاهر أكثر العبارات وعن (السرائر) الاجماع على المنع في مطلق التصرفات ولم أجده (١) وفي (الخلاف) الاجماع على انه ليس له أن يكري داره المرهونة أو يسكنها غيره وظاهر المبسوط الاجماع على انه ليس له استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وسكنى الدار قال ان ذلك كله غير جائز عندنا ويجوز عند المخالفين ونص في (الشرائع) على المنع من الاستخدام (٢) وفي (المبسوط والخلاف) الاجماع على أنه لا يجوز له وطئ الامة المرهونة وفي (الجواهر) انه لا خلاف فيه وفي (كشف الرموز) ان العمل منعقد على خلاف الرواية الدالة على الجواز وظاهره الاجماع كما هو ظاهر النافع والدروس حيث وسمت الرواية في الاول بأنها مهجورة وفي الثاني بأنها متروكة وفي (التنقيح وايضاح النافع) هجرها الاصحاب وفي الثاني أيضا هجرها القوم وقد يظهر من الغنية دعوى الاجماع أيضا وقد نص على الحكم المذكور في النهاية والسرائر وجامع الشرائع وغيرها ولا فرق في الجارية بين ما اذا كانت تحبل أولا كما في الخلاف وغيره (وحجتهم)

---

(١) بل هو موجود فانه ذكر أن نفقة الحيوان المرهون على الراهن دون المرتهن وانه ان أنفق المرتهن كان متبرعا ليس له الرجوع على الراهن الا اذا شرط عليه ذلك ثم قال وقد روي ان له أي للمرتهن ركوبها والانتفاع بها بما أنفق أو الرجوع على الراهن ثم قال والاولى عندي أنه لا يجوز له التصرف في الرهن على كل حال لانا قد أجمعنا بغير خلاف ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن انتهى وكان الشارح طاب ثراه نظر الى كلامه في أوائل المبحث حيث منع الراهن من التصرف المبطل أو المنقص لحق المرتهن كالبيع والرهن عند آخر الا برضا المرتهن ومنعهما أيضا مما عدا ذلك مثل السكنى والزراعة والاستخدام والركوب وغيرها الا بالتراضي ولم يدع اجماعا ولم يقع نظره على هذه العبارة المذكورة في أواسط المبحث (لمصححه محسن الحسيني العاملي)

(٢) وغيره الاستخدام حيث قال لا يجوز للراهن التصرف في الرهن باستخدام ولا سكنى الى آخره (محسن)

فلو بادر احدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا (متن)

بعد الاجماعات الخبر المذكور المشهور المؤيد بالامور الاعتبارية من التعريض للأبطال وبما ذكر في التذكرة والمسالك وغيرها من وجه الحكمة وهو تحريك الراهن الى الآداء اذ لو جاز له الانتفاع ولو في الحلة لانتفت الفائدة الى آخر ماذكروه والرواية المشار اليها حسنة الحلبي أو صحيحته وصحيحة محمد بن مسلم حيث تضمنتا انه ان قدر عليها خاليا لا بأس وهما محمولتان على التقية كما أشار اليه في المبسوط وقد مال الى العمل بها المولى الاردبيلي والخراساني وجزم بها الكاشاني والبحراني معتضدين بما احتمله في (التذكرة) حيث قال بعد حكايته فيها كلام المبسوط وقال انه يشعر بعدم الخلاف عندنا قال ويمكن الاحتجاج للجواز بقوله عليه السلام الظهر يركب وبرواية السكوني وساقها وبان التعطيل ضرر قال المولى الأردبيلي بعد نقل كلامه هذا يشم منه رائحة الجواز قلت ما كنا لنعدل عن المعلوم من كلامه الى المشموم الموهوم فانه صرح في أول البحث الثالث في الرد على الشيخ حيث جوز التزويج واستدل بعموم قوله جل شأنه (وانكحوا الايامى منكم) ان الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف في الرهن ثم ان كلامه هذا الذي استندوا اليه قد يشعر أوله بدعوى الاجماع على المنع حيث نسب الجواز الى الشافعي ومالك في رواية عنه ونسب الى الشيخ المنع وقال ان كلامه يشعر بعدم الخلاف كما سمعته آنفا (سلمنا) لكنه ما عساه يجدي موافقة التذكرة لهم في أحد محتملاتها مع ماسمعته من الاجماعات لكن هؤلاء ماعدا الاردبيلي لايبالون بالاجماعات أصلا (وبما ذكر) يعلم حال ما ذكره المصنف في التذكرة والشهيد في الدروس وأبو العباس والصيمري والشهيد الثاني وغيرهم من جواز التصرف بما يعود به النفع على المرتهن كمداواة المريض ورعي الحيوان وتأبير الفحل وختن العبد وخفض الجارية ان لم يؤد الى النقص الا أن يقال بحصول الاذن بذلك بالفحوى ولكنه حينئذ خروج عن الفرض لان محله التصرف الذي لم يتحقق فيه اذن أصلا وليعلم أنه لا يجبر على المداواة ونحوها بخلاف النفقة وكان الرعي منها وفي معناه سقي الاشجار ومؤنة الجدار وتجفيف الثمار وأجرة الاصطبل والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون كما سيأتي ذلك في كلام المصنف في أثناء الفصل السادس في اللواحق ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو بادر أحدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا ﴾ اذا تصرف الراهن بما يمنع منه فان كان بعقد أو بعتق كان موقوفا على اجازة المرتهن كما في (النهاية وجامع الشرائع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده واللمعة والمقتصر وغاية المرام والميسية وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض) لعموم أدلة العتق السالمة عن المعارض لان المانع قد زال بالاجازة وذلك لاينافي تنجيز العتق (العقد خ ل) كسائر العقود التي يشترط فيها ذلك لان التوقف الممنوع منه هو توقف المقتضي على شرط لا على زوال مانع والفرق بين المراعى والموقوف ان مايتوقف عليه الحكم بالصحة في الموقوف يكون جزء سبب وفي المراعى يكون كاشفا عما هو صحيح في نفس الامر (وقد يقال) انه اذا كان منهيا عنه مع اشتراطه بالقربة كيف يمكن الحكم بالصحة مضافا الى الاصل «انا لانجد عموما في أدلة لزوم العتق بحيث يشمل مانحن فيه (وقد يجاب) بأن متعلق النهي هو التصرف وليس مجرد ايقاع الصيغة تصرفا كما أشرنا اليه آنفا وبيناه في باب الفضولي ويشهد على ذلك ان الشيخ جوز في المبسوط والخلاف

الاعتق المرتهن فأنه يبطل وان اجازه الراهن ولو سبق اذنه صح فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر (متن)

وغيره تزويج العبد المرهون ذا اشترط عدم التسليم الا بعد الفك كما سيأتي ان شاء الله تعالى وأما العموم فقد قيل انه مما قد تسالم الخصوم في الظاهر على وجوده لان المانع لم يستند الى عدمه بل استند الى غيره كذا قيل (قلت) الذي استدل بالعموم في المقام صاحب ايضاح النافع لكنه قد يكون قضية كلام الباقين وقد طفحت عباراتهم في المقام بالاستدلال بأن العتق مبني على التغلب والراوندي أخذ يحاول الاستدلال على وجود العموم بكل آية تنطق بتحرير الرقبة في الكفارات قال فانها تدل على جواز العتق الى آخر ماقال (وأطلق) المنع من عتق الراهن في (المبسوط والمراسم والوسيلة والغنية) وكانه مال اليه أو قال به في الدروس لكون العتق ايقاعا فلا يكون موقوفا لاعتبار التنجيز فيه وقد عرفت الحال في ذلك وبعض هؤلاء لايقول بالفضولي في البيع ولا ترجيح في كشف الرموز والتنقيح و ن كان التصرف بدون عقد أو ايقاع كأن يكون بانتفاع منه أو ممن سلطه عليه ولو بعقد لم يصح وفعل محرما ثم ان قلنا ان النماء المتجدد يتبع الرهن كما يأتي بيانه في الفصل السادس ثبتت عليه أجرة ذلك ان كان بماله أجرة عادة وكانت رهنا وان لم نقل بالتبعية لم يلزمه شيء كما نبه على ذلك في المسالك و ستحسنه صاحب الكفاية ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا عتق المرتهن فانه يبطل وان أجازه الراهن ﴾ كما في (الشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة وغاية المرام والتنقيح وجامع المقاصد والميسيه والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) وفي (الروضة) ان العتق يقع باطلا قطعا مالم تسبق لاذن اذ لاعتق الا في ملك وظاهره الاجماع وفي (شرح الارشاد (الايضاح خ ل) لفخر الاسلام قد اتفق الكل على اضمار الصحة في قوله عليه وآله السلام لاعتق الا في ملك وفي (المسالك) ان كثيرا من الاصحاب لم يتوقفوا فيه (قلت) ان كان هناك اجماع فلا كلام والا فالفضولي جار في مثله اذا أعتقه المرتهن عن الراهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سبق اذنه صح ﴾ أي لو سبق اذن الراهن للمرتهن في العتق صح ان كان عن الراهن أو مطلقا وكذا لو كان عن المرتهن وينتقل ملكه الى المعتق قبل ايقاع الصيغة المقترنة بالاذن كغيره من المأذونين فيه أي العتق ويحتمل على تكلف أن يكون المراد انه لو سبق اذن أحدهما للآخر في التصرف صح تصرفه فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو افتك الرهن ففي لزوم العقود نظر ﴾ أي لو افتك الراهن الرهن أو افتكه مفتك بأن يقرأ مبنيا للمجهول ففي لزوم العقود الصادرة من الراهن من دون اذن المرتهن أو اجازته نظر وقال في (التذكرة) ولو لم يعلم أي المرتهن حتى قضى الراهن الدين احتمل بقائها أي العقود فتكون لازمة انتهى فتأمل وكما استشكلوا هنا في لزوم العقود وعدمه كذلك استشكلوا في نفوذ العتق وعدمه وينبغي أن يستشكلوا أيضا في نفوذ الوقف وعدمه وقد يفرق بينه وبين العتق لانه مبني على التغليب قال في (التحرير) فان فك ففي نفوذ العتق اشكال وفي (الدروس) لو انفك لا ينفذ العتق لانه لايقع معلقا وفي (المسالك) انه نفذ وفي (التذكرة) نقل عن الشافعي قولين أحدهما انه لا ينفذ لانه لايملك اعتاقه فاشبه ما اذا أعتق المحجور عليه للسفه ثم زال الحجر والثاني انه ينفذ لان المانع حق المرتهن وقد زال ثم قال والخلاف فيه كالخلاف فيما اذ أعتق المحجور عليه بالفلس عبدا ثم انفك عنه الحجر ولم يتفق بيع ذلك العبد ثم رجعنا الى باب الحجر فوجدناه

والاقرب اللزوم من جهة الراهن قبل الفك ولو اجاز الرهانة الثانية ففي كونه فسخا لرهنه مطلقا او فيما قابل الدين الثاني او العدم مطلقا نظر (متن)

ينقل عن الشيخ قدس الله روحه و بعض العامة القول ببطلان العتق وجعله أقوى ثم نقل قولا بأن العتق لا يقع باطلا بل يكون موقوفا ونفى عنه البأس والاكثرون لم يتعرضوا لحال العقود والعتق مع الفك اوالافتكاك وانما تعرضوا لحالهما مع الاجازة فيحتمل أن يكون الجميع من سنخ واحد وان لا يكون كذلك و يأتي في أواخر الفصل السادس عند شرح قوله فان انفك ظهر صحة العتق ماله نفع تام في المقام وقد قوى اللزوم في العقود الفخر في الايضاح والشهيد في حواشيه والمحقق الثاني لانها لازمه في أصلها كما هو الفرض وجوازها انما كان بسبب حق المرتهن وقد زال فيزول الجواز ولانها لازمة من طرف الراهن لصدور العقد اللازم منه في حال كونه مالكا لحقه أن يكون لازما كما يأتي تقريبا فقد وجد المقتضي والجواز انما هو لعلاقة حق المرتهن فاذا زال لم يبق للجواز مقتض وفرق واضح بين ما اذا باع مال غيره فضوليا ثم ورثه أو اشتراه وكيله حيث قال انه يقع باطلا أو موقوفا على اجازة البايع الوارث لان مال الغير غير مملوك للمتصرف فالمقتضي للصحة منتف ومجرد الصيغة لا تعد مقتضيا بخلاف ما نحن فيه فان الملك منحصر في الراهن والمقتضي وهو العقد الصادر من أهله في مملوك موجود غاية الامر ان حق المرتهن مانع فاذا انتفى عمل المقتضي عمله (وأيضا) فانه لا سبيل الى اعتبار اجازة المرتهن بعد انقطاع علاقته ولا الى بطلان تصرف الراهن المالك اذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه بعده ووجه الجواز ان هذه العقود وقعت جائزة فيبقى جوازها مستصحبا و سيأتي للمصنف في الفصل السادس انه اذا جنى على الرهن في يد المرتهن جان فعفى الراهن عن المال الذي لزم الجاني بسبب الجناية ان الاقرب أن المرتهن يأخذ المال الذي أوجبته الجناية من الراهن (الجاني خ ل) فان انفك الرهن ظهرت صحة العفو والا فلا وقوى في جامع المقاصد عدم صحة العفو وعدم وقوعه موقوفا بل قال ان القول بصحة العفو وكونه موقوفا على فك الرهن ليس بشيء قلت وقد يكون قضية ذلك ان العتق والوقف كذلك بل قد يلزمه ذلك في العقود فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب اللزوم من جهة الراهن قبل الفك ﴾ كما هو خيرة (الايضاح وجامع المقاصد) لانه صدر منه العقد في حال كونه مالكا لحقه أن يكون لازما ولا مقتضى للجواز الا حق المرتهن وهو منحصر في جانبه فيختص به لان العقد فضولي بالنسبة اليه متوقف على اجازته وشأن العقد الفضولي على القول بأن الاجازة كاشفة كما هو الحق أن يكون جائزا من طرف من وقع العقد فضوليا بالنسبة اليه خاصة دون العاقد الآخر مع الفضولي فالعقد فيما نحن فيه لازم من جهة الراهن البايع والمشتري وجائز من جهة المرتهن خاصة لان الفضولية انما هي بالنسبة اليه نعم لو قلنا ان الاجازة ناقلة وجزء للسبب في الفضولي كان العقد جائزا من طرف الفضولي وغيره أعني العاقد الآخر لكنا قد نقول باللزوم فيما نحن فيه وان قلنا ان الاجازة في الفضولي ناقلة لان المأتي به هنا سبب تام أقصاه ان المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذي هو المالك كذا حقق في جامع المقاصد وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو أجاز الرهانة الثانيه ففي كونه فسخا لرهنه مطلقا أو فيما قابل الدين أو العدم مطلقا نظر ﴾ تجوز الزيادة في الرهن على الدين وفيه عليه وهذا الثاني اما أن يكون عند المرهون عنده أو عند غيره (فالصور ثلاث) أما الصورة الاولى

فقد تعرض لها المصنف بخصوصها فيما يأتي من الباب في آخر الفصل الرابع في الحق ومثالها ان يكون قد رهن عنده ثوبا بعشرة دراهم ثم بعد ذلك زاده ثوبا آخر ليكون مرهونا مع الاول بالعشرة ولا كلام فيها لجواز عروض مانع من الاستيفاء من الرهن الاول ولزيادة الارتفاق وقد نفى الخلاف في المبسوط عن صحة ذلك ونص عليها في جامع الشرائع والتذكرة في موضعين منها والتحرير والدروس وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان ولا فرق بين كون قيمة كل من الرهنين مساوية لقدر الدين أو أنقص أو أزيد والثوبان في المثال يكونان رهنا بكل الدين على ماسيأتي من أنه ان شرط كونهما على الحق وعلى كل جزء منه لم ينفسخ مادام من الحق شيء وان شرط كونهما رهنا عليه لا على كل جزء منه صح وانفسخ بأداء شيء من الحق وفي وجوب القبول هنا لبعض الحق نظر من ادائه الى الضرر بالانفساخ ومن قضية الشرط ووجوب قبض بعض الحق في غير ما يلزم منه نقص في المالية وان أطلق ففي حمله على المعنى الاول والثاني نظر اقواه الاول كما ستعرف وقال أبو حنيفة يقسم الدين على قيمة الرهن الاول يوم قبضه وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها فلو كانت قيمة الاول يوم قبضه ألفا وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين ألف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين (وأما الصورة الثانية) وهي رهن المرهون عند المرتهن على دين آخر ففي (المبسوط والخلاف والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان) انه يصح ولا يشترط فسخ الرهن الاول ثم تجديده لهما كما في الدروس بل يضم الثاني بعقد جديد كما في المسالك وقال في (الدروس) فان شرط كونه رهنا عليهما فالرهانة الاولى باقية ولو لم يشترط الرهن بأن اتفقا على ارادة المجموع فكذلك وان أطلقا ففي بطلان الاول تردد وقضية كلام الاصحاب الاطلاق ولعله لما أشار اليه في التذكرة من أن الدينين اذا كانا لواحد لم يحصل من التنازع ما اذا تعدد فتأمل ومنع أبو حنيفة من هذه الصورة كما منع الثالثة كما يأتي مستندا الى أن الدين يشغل الرهن ولا عكس ومعناه ان الزيادة في الرهن شغل فارغ والزيادة في الدين شغل مشغول (وفيه) انه مع عدم اطراده لعدم الشغل فيما اذا كانت القيمة زائدة على قيمة الرهن الاول أضعافا مضاعفة غير مانع لعدم المانع مع وجود المقتضي فان التوثيق بشيء لشيء آخر لا ينافي التوثيق به لآخر فتدبر (وأما الصورة الثالثة) وهي رهن المرهون عند غير المرتهن باجازة منه وهذه تنحل الى صورتين (الاولى) أن يكون ذلك باتفاق المرتهنين من غير ابطال الاول وحينئذ يكون رهنا على الحقين كما في التحرير وظاهر الشرائع والارشاد وفي (الدروس) ماسمعته آنفا من التردد في بطلان الاول اذا أطلقا والصحة اذا اشترطا كونه رهنا عليهما أو اتفقا على ارادة المجموع (الثانية) أن يكون ذلك من دون اذن المرتهن الأول ثم يعلم فيطلق الاجازة فان كان الرهن أزيد من دين الاول قام في المسئلة احتمالات ثلاثة وان كان مساويا أو أنقص فاحتمالان ولم يرجح المصنف هنا ولا في التحرير ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد في الدروس وحواشي الكتاب ولا الصيمري في غاية المرام شيأ من الاحتمالات (الاول) منها عدم البطلان مطلقا أي في مجموع الرهن سواء ما قابل دينه وما زاد عليه كما هو خيرة التذكرة وجامع المقاصد ونفى عنه البعد في مجمع البرهان وهو ظاهر الارشاد لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالعقد الشامل لموضع النزاع وعدم ثبوت مناف يقتضي البطلان لانه لا يمتنع كون الشيء رهنا لمجموع (بمجموع خل) لا ينفي ثمنه بأدائه لان الاداء ثمرة الرهن بعد تحققه لا نفسه وانما يثبت الاداء بحسب حال الثمن اعتبار كثرته وقلته وتقديم دين شخص في الاداء على آخر

ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء أشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد موت الراهن (متن)

لا ينافي تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمرة الرهن ومقصوده ولا محذور في أن يكون المقصود في بعض أولى وأسبق من البعض الآخر وان استويا فيما له المقصود والثمرة ولانه لو تضمن عقد واحد رهنا بدينين وتقديم أحدهما في الاداء على الآخر ثم تأدية الآخر بعد أداء الاول لم يكن ذلك باطلا ففي العقدين المستقلين أولى لوقوع الثاني بعد القطع بصحة الاول فلابد في طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحة (الثاني) البطلان مطلقا ووجهه ان مقتضى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسبة الى الدين المرهون به ليقضى ذلك الدين من ثمنه واختصاص كل من الدينين بمجموع الرهن متنافيان لان اختصاص أحدهما بالمجموع على هذا الحكم ينافي اختصاص الآخر وقد ثبت رهن الثاني بالسبب الطارئ واجازة المرتهن الاول فيبطل الاول الثالث ان الاجازة موجبة لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثاني لان المنافاة باعتبار مقصود الرهن مختصة به بخلاف مازاد وضعف بأن الرهن متعلق بالمجموع فان اقتضى الاختصاص اقتضاه في المجموع والا لم يقتض في شيء منه ولأن الثمن على تقدير اعتبار المقابلة والزيادة بالنسبة اليه لا ينضبط فقد يكون في وقت الرهانة كثيرا يبقى منه بقية بعد الدين الثاني ثم يتجدد النقصان وبالعكس ويستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له وأما اذ ساواه أو نقص عنه فانه يسقط الاحتمال الثالث ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويترتب حكم اسقاط الثاني حقه ﴾ يريد أنه لو أسقط المرتهن الثاني حقه فحكمه يترتب على الاحتمالات الثلاثة فعلى الاول في كلام المصنف لاحق للمرتهن الاول وعلى الثاني لاحق له فيما قابل الدين الثاني وعلى الثالث حقه بحاله ومنه يعرف حال ما اذا اسقط المرتهن الاول حقه ويزيد هذا في شيء وهو ما اذا كان دين المرتهن الاول مائة مثلا ودين المرتهن الثاني كذلك وكانت قيمة الرهن يوم قبضه المرتهن الاول تساوي مائة ويوم قبضه الثاني تساوي خمسين فاذا أسقط الاول حقه كان رهنا عند الثاني على خمسين فقط وان كان له عنده مائة فاذا وفاه خمسين له أن يأخذ الرهن وتبقى الخمسون الاخرى بلا رهن بناء على أن المعتبر في قيمة الرهن انما هو حين قبضه أو حين العقد هذا في الصورة الثانية من الثالثة وأما على الاول منها فاذا أسقط أحدهما حقه احتمل اختصاص الآخر بالجميع ان قلنا انه رهن على كل من الحقين وعلى كل جزء منهما أو بالنصف ان تساوى الدينان أو قلنا ان النصيف هو الاصل والا فالتقسيط كما مر مثله فيما لو تعدد المرتهن واتحد العقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعلم الاول حتى مات الراهن ففي تخصيص الثاني بالفاضل عن دين الاول من دون الغرماء اشكال ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه بعد موت الراهن ﴾ اذا لم يعلم المرتهن الاول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن فان كان مساويا لدين المرتهن ولم يجز أو قلنا بعدم اعتبار اجازته اختص به ولا بحث وان قلنا باعتبارها وأجاز جاء الاحتمالان السابقان وان كان زائدا فاما أن تكون العين قد بيعت في دين الاول وبقيت من القيمة بقية عن دينه أو بيع بعضها في دين الاول وبقي البعض الآخر عن العين فاضلا فان كان الاول امتنع نفوذ الرهن الثاني في الفاضل من القيمة عن دين الاول لان الرهانة الثانية حينئذ خالية عن الاجازة والافتكاك

ولو اعتق الراهن بأذن المرتهن وبالعكس سقط الغرم (متن)

وهي لا تكون الا بهما فاذا انتفى التعلق بالعين انتفى التعلق بالقيمة فلا يختص الثاني بالفاضل دون الغرماء كما حكم بذلك في حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد ولا حكم حينئذ أي بعد البيع لاجازة المرتهن ولا لفسخه لانقطاع علاقته واستيفائه حقه كما هو المفروض وأما احتمال الاختصاص استنادا كما في الايضاح وغيره الى أن الرهن الثاني لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت في الفاضل والى انه كان لازما من جهة الراهن فأرهن شيء لان ذلك انما يتجه اذا افتكه أو أجاز المرتهن واذا لم يكن شيء منهما ظهر انه وقع باطلا نعم يتم ذلك اذا كان الفاضل فاضلا من العين لا من القيمة لما ذكر من الوجهين هذا كله اذا لم يجز قبل البيع في المسئلتين او قلنا بعدم اعتبار اجازته وان أجاز قبله وقلنا باعتبارها كما هو الظاهر جاءت الاحتمالات الثلاثة السابقة وكانت اجازته كاشفة عن عدم تعلق حق باقي الغرماء ورده كاشفا عن التعلق المذكور فكان تعلق حق الغرماء وعدمه فرع الاختصاص والاختصاص وعدمه فرع نفوذ الرهانة الثانية وعدم نفوذها ونفوذها بالنسبة الى العين انما يكون بأحد أمرين الاجازة والافتكاك كما عرفت فتكون اجازته بالنسبة الى العين معتبرة بعد موت الراهن كما كانت قبله اذ لا دليل على زوال اعتبارها فقول المصنف ولا حكم لاجازة الاول ولا فسخه انما يصح على تقدير احتمال نفوذ رهن الثاني بقيمة الرهن بعد بيعه لاداء دين الاول وصاحب غاية المرام قال كما قال المصنف من انه لا حكم لاجازة الاول ولا فسخه ووجهه بتوجيه سخيف جدا بل هو غلط صرف هذا تنقيح البحث في المسئلة وقد جعل في حواشي الشهيد وجهي الاشكال من عدم جوازه ابتداء فكذا انتهاء وفي (الايضاح) من انه لم يقع باطلا بل موقوفا على زوال مزاحمة الاول وقد زالت ولانه كان لازما من جهة الراهن ومن انه لم يكن عقدا لازما ولانه حال وجوده كان ممنوعا من التصرف وفي هذه الحال لا يعتبر (لا يعلم خ ل) تصرفه ونحوه ما في جامع المقاصد لكنه بعد ذلك حقق المقام نحو ما ذكرناه ﴿قوله﴾ ﴿ولو أعتق الراهن باذن المرتهن أو بالعكس سقط الغرم﴾ دين المرتهن اما حال أو مؤجل وعلى التقديرين فاما أن يأذن في العتق أو الهبة مما كان بغير عوض أو في البيع فان أذن في الاولين فعل فلا اشكال في عدم لزوم اقامة بدله لانهما بغير عوض وقد زال متعلق الرهن وهو العين باذن المرتهن ولا فرق في ذلك بين كون الدين حالا أو مؤجلا كما نص على ذلك جماعة وان أذن في البيع فباع انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والكتاب فيما يأتي والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي (المسالك) انه المشهور لان البيع انما وقع باذنه ولم يوجد ما يدل على رهنية الثمن اذ الفرض عدم العقد عليه وللشيخ في المبسوط تفصيل لان له فيه عبارتين قال في احداهما لو باع باذنهما انفسخ الرهن ولا يجب عليه جعل قيمته مكانه وقال فيه بعد أسطر ولو أذن له في البيع بعد (في خ ل) محل الحق فباع صح البيع وكان ثمنه رهنا مكانه حتى يقضى منه أو من غيره وهو خيرة التحرير وظاهر الدروس ولم يرجح في المسالك فالخلاف انما هو فيما اذا كان حالا أو قد حل ولا مخالف في المؤجل الا ما حكي عن الكوفي من وجوب جعل قيمته رهنا هذا كله اذا لم يشترط المرتهن كون القيمة رهنا والا لزم كما نص عليه في الخلاف والمبسوط وغيرهما والظاهر أنه لا خلاف فيه عندنا بل يظهر من التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قال في الاول صح

ولو اذن في الهبه فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشاء من سقوط حقه بالاذن وعدمه (متن)

البيع والشرط عندنا وفي الثانى قطعا لعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين حالا أو مؤجلا ومثله في الجواز عندنا كما في التذكرة مالو كان الدين مؤجلا فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يجعل ثمنه من حقه فانه يلزم الشرط لانه شرط سائغ تدعو الحاجة اليه وظاهره الاجماع عليه والمخالف الشيخ في الخلاف قال يكون الثمن رهنا ولا يلزمه الوفاء بتقديم الحق قبل الاجل ونحوه كما في المبسوط (قلت) ومثل اشتراط كون القيمة رهنا مااذا اتفقا على نقل الوثيقة الى عين أخرى واحتمال المنع في هذا متوجه لانه يمتنع البدل مع بقاء الاول الا أن يخاف عليه من الفساد فيقوى احتمال الجواز لان الحق لا يعدوهما فتأمل وأما اذا أعتق المرتهن بأذن الراهن كما أشار اليه المصنف بقوله وبالعكس والحكم فيه ظاهر كما في جامع المقاصد (قلت) ان كان المرتهن أعتقه عن نفسه بنى على أنه هل ينتقل اليه بالصيغة أو قبلها آنا يسيرا أو بالاذن وان كان عن المالك فكالاصل ويبنى الحال فيه على قبوله التوكيل والظاهر انه يقبله فليلاحظ في محله واذا باع المرتهن باذن الراهن قبل حلول دينه جاز ويكون الثمن رهنا حتى يحل الدين ولا (فلا حل) يجوز للمرتهن التصرف فيه كما صرح به جماعة كثيرون منهم المصنف فيما يأتي وقيل لا يكون رهنا حكاه في جامع الشرائع ﴿قوله﴾ ﴿ولو أذن له في الهبة فوهب فرجع قبل الاقباض صح الرجوع على اشكال ينشأ من سقوط حقه بالاذن وعدمه﴾ أي ينشأ الاشكال من التردد في سقوط حق المرتهن بالاذن وعدمه ووجه التردد ان الاذن في المسقط يدل على الرضا بالسقوط فيمكن عده مسقطا (وفيه) ان المنافي للرهن هو المقتضي للسقوط لا الرضا به قال في (جامع المقاصد) فالاصح صحة الرجوع وبه جزم في (التذكرة) ولم يرجح صاحب الايضاح ولا الشهيد في حواشي الكتاب للتردد الناشئ من ان التصرف الناقل لا يجامع الرهن فاذا اذن واوقع الراهن فقد رفع لازم الرهن ورفع اللازم يستلزم رفع الملزوم فيسقط حقه ومن أن المسقط هو النقل فعلا لا امكانه والاذن انما افادت الثاني لا الاول ونحن نقول اذا اذن المرتهن ورجع فاما ان يأذن في تصرفات ناقلة كالبيع والهبة المقبوضة او غير ناقلة كالهبة الغير المقبوضة والوطئ مثلا وعلى التقديرين فالرجوع اما قبل ايقاع التصرفات او بعده وعلى التقادير فالراهن اما عالم بالرجوع ام لا وكذلك الحال فيما اذا اذن الراهن للمرتهن ورجع كذلك فاذا اذن المرتهن في تصرف ناقل ثم رجع قبل ايقاعه مع علم الراهن به فهو كما اذا لم يأذن ولا يسقط حقه بذلك صرح بذلك في المبسوط وغيره واما اذا رجع ولم يعلم الراهن فباع وتصرف ففي المبسوط ان البيع باطل والرجوع صحيح وفيه نظر اذ الظاهر انه من باب عزل الوكيل ولم يعلم حتى تصرف ولو اذن له في البيع او الهبة فباع بشرط الخيار او وهب ولم يقبض فرجع المرتهن ففي الاول يحتمل عدم الصحة لان مبنى البيع على اللزوم والنقل والخيار عارض انما يظهر أثره في حق من له الخيار ويحتمل الصحة لان العقد لم يلزم ويقوى الاشكال فيما اذا كان الخيار اصيلا كخيار المجلس ولعل الاقوى فيهما عدم الصحة كما لعله يفهم من كلام الايضاح وجامع المقاصد واما الثاني وهو ما اذا وهب ولم يقبض فانه يصح له فيه الرجوع بلا اشكال لان الاذن ليست مسقطه بمجردها قطعا لما عرفته فيما اذا اذن ورجع قبل الايقاع فالمسقط انما هو العقد

ولو احبلها الراهن لم يبطل الرهن وان كان بأذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة (متن)

فيجب النظر في حاله فنظرنا فيه فاذا هو عار عن النقل فضلا عن اللزوم لان الركن الاعظم فيه هو الاقباض ولم يحصل وحينئذ فلا اشكال في صحة الرجوع وامتناع الاقباض سواء كان اذن في الهبة مطلقا او صرح بالاذن بالاقباض واما اذا اذن في غير الناقل كالوطئ فيأتي حكمه في المسئلة الآتية واما اذا انعكس الامر كما لو اذن الراهن للمرتهن في البيع او الهبة او غير ذلك فلا ريب ان له الرجوع في زمن الخيار مطلقا وفي الهبة قبل الاقباض بل وبعده الا في مواضع معلومة نعم حكمه حكم المرتهن باعتبار العلم بالرجوع وعدمه لان المرتهن حينئذ وكيل عنه ويبقى الكلام في انه اذا رجع الراهن في زمن الخيار او في الهبة بعد الاقباض هل يعود رهنا كما كان الظاهر العدم لمثل ما تقدم لكنهم قد قالوا فيما اذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه انه يصح ويبطل الرهن فان تلفت العين قبل القبض عاد الدين والرهن قاله في المبسوط وهو قد يستأنس به لما نحن فيه وليس به وقال ايضا وكذا لو قبضه ثم تقايلا عاد الدين والرهن كالعصير يصير خمرا ثم يعود خلا وهذا الاخير نظير ما نحن فيه ويأتي بيان الحال فيه واما اذا رجع في الهبة قبل الاقباض فالظاهر بقاء الرهنية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احبلها الراهن لم يبطل الرهن وان كان باذن المرتهن وان صارت ام ولده وفي بيعها اشكال ولو ماتت في الطلق فعليه القيمة ﴾ الجارية المرهونة اما ان يطأها الراهن او المرتهن وذلك اما مع الاذن او بدونها فالصور اربع ولك ان تزيد في القسمة فتقول وذلك اما مع الحبل او بدونه وعلى الاول اما ان تموت في الطلق ام لا وعليه ايضا اما ان يحل الحق وهي حامل ام لا واذا ولدت من الراهن فهل تباع قبل ان تسقيه اللبن اولا وعلى التقادير اما ان يرجع بالاذن ام لا مع علم الآخر وبدونه الى غير ذلك ونحن ستوفي الكلام في ذلك ان شاء الله تعالى (فالاولى) من الصور الاربع ان يطأها الراهن باذن المرتهن ويحبلها فان الرهن لا يبطل كما نص عليه في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتلخيص والمختلف واللمعة وغاية المرام وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام الباقين وفي (المسالك) لا شبهة فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا لان الرهن بعد تمامه ولزومه انما يبطل بمنافيه والاحبال وان وقع بالاذن غير مناف وان صارت ام ولد اذ لا يمتنع بيعها اذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاد اما مطلقا او مع الاعسار على اختلاف الاراء والقائل بامتناع بيعها يقول بعدم المنافاة ايضا لان الولد مانع طار يجوز زواله بموته فتباع لزوال المانع كما ستسمع واما انها تصير ام ولده فقد نص عليه في اكثر الكتب السالفة وهو مما لا ريب فيه وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبه الى مذهبنا وهذان الحكمان جاريان فيما اذا وطأها بدون اذن المرتهن كما هو قضية اطلاق الاكثر وصريح السرائر والغنية وغاية المرام والمسالك والروضة وغيرها وهي الصورة الثانية بل لعل الاول في هذه اولى نعم تفترقان في امور اخر كالاثم والتعزير والتزام القيمة كما ستسمع وعلى التقديرين اي الوطئ مع الاذن وبدونه هل يجوز بيعها ام لا فالمصنف هنا وفي الارشاد والتلخيص وولده في الايضاح والشهيد في الدروس وغاية المراد وابن السيد عميد الدين في تخليص التلخيص والخراساني في الكفاية لم

يجزموا بشيء فهم بين مصرح بالتردد والاشكال و بين قائل في المسئلة خلاف او قولان او اقـوال وستعرف وجه ذلك عنـدهم ولعلهم لايتأملون في جواز بيعها لو كانت مرهونة في ثمن رقبتها لـكن المستشكل والمجوز والمانع اطلقوا ولم يفرقوا والذي ينبغي تنزيل كلامهم على ماعـدى هـذا الفرض والشيخ في الخلاف والسيد حمزه في الغنية والمصنف في التـذكرة والشهيد في الحواشي على الظاهر منه انها تباع مع اعسار الراهن ومع يساره يجب بذل القيمة لتكون رهنا جمعا بين الحقين وفي (الغنية) الاجماع عليه ولم يبينوا لنا ان بذل القيمة مع اليسار هل هو بعد حلول الدين او قبله وكيف كان ففيه ان الرهانة أن بقيت فهي متعلقة بالعين والا فلا تعلق لها بالقيمة فتأمل ولا حق لها مع سبق حق غيرها عليها وكأن الاجماع موهوب بمصير الجماعة الى خلافه وان اختلفوا وفي (السرائر) ان مافي الخلاف مخالف لاصول المذهب قلت لـكنه احوط والشيخ في المبسوط على ماحكاه عنه في جامع المقاصـد وابن ادريس في السرائر والمصنف في المختلف والسيد في اللمعة والـكركي في جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والمقـدس الاردبيلي في مجمع البرهان على انه يجوز بيعها مطلقا لسبق حق المرتهن على حقها فيقدم اسبق الحقين عملا بالاستصحاب ولعدم الفارق بين تعلق الدين (الحقين خ ل) بها و بثمن رقبتها ولعله اقوى لان عموم بيع الرهن لاداء الدين وان عارضه عمومات النهي عن بيع امهات الاولاد الاان هذا ارجح بسبق حق المرتهن الذي لادليل على بطلانه فيخص به عموم النهي قلت هذا متوجه فيما اذا لم يأذن وعلى هذا القول تباع ان استوعب الدين قيمتها والا فلا يجوز بيع الفاضل الا اذا لم يوجد من يشتري للقابل والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير على المنع من البيع وكذا الشيخ في المبسوط على ما حكى عنه الشهيد في غاية المراد وحكاه عنـه في باب الـكتابة ابن السيد العميد في تخليص التلخيص ولم يحضرني في المبسوط في باب الـكتابة وكلامه في المقام كانه ظاهر في الجواز وكيف كان فقد قال في الايضاح في تحرير هذا القول انه يمنع من التصرف حينئذ حتى يؤدي الدين وفي (الدروس) انه يقام بدلها ويتوقع قضاء الدين اوموت ولدها وكأنه اراد هـذا الصيمري بقوله انه يجبر على فكها بخلاف غيرها فان الراهن لا يجبر على الفك بل له ان يوفي الدين من الرهن لـكن قال الشهيد ايضا في (غاية المراد) انه لاتنافي بين المنع من بيعها و بقاء الرهن تربصا لموت الولد ومنعا للمالك عن التصرف فيها وقضيته انه لا يقيم بدلها ثم انهم لم يوضحوا لنا متى يقيم بدلها اقبل الحلول ام بعده وكأنه قال في الروضة بهـذا القول بل قد يظهر منها ان المنع من البيع جار على الاقوال الثلثة فلتلاحظ عبارتها فانها غير واضحة (وحجة) هذا القول عموم النهي عن بيع ام الولد وان قوة الاستيلاد تضاهي قوة العتق بل ربما كانت اشـد منها باعتبار نفوذ الاستيلاد فيما لا ينفذ فيه العتق كاستيلاد المجنون والمحجور عليه وكذا المريض ينفذ استيلاده من الاصل واعتاقه من الثلث ولا تنافي بين المنع من بيعها و بقاء الرهن تربصا لموت الولد ومنعا للمالك من التصرف (وفيه) ان العموم معارض بما هو أقوى منـه واكثر فيخص به وسبق تعلق الحق هو القاضي بالفرق بين ما نحن فيـه وما مثلوا به والتربص تعطيل لحق المرتهن وتعلق بغير المعتاد (وهناك) قول رابع حكاه في المسالك وهو جواز بيعها مع وطئه بغير اذنه ومنعه مع وقوعه باذنه وحكى عن الشهيد اختياره في بعض حواشيه وهو قوي موافق للاصول والاعتبار ان لم يكن خارقا للاجماع على الخلاف (وهناك) قول خامس لابي حنيفة لم يحتمله احد من اصحابنا وهو انها تعتق مطلقا فان كان معسرا استسعت في قيمتها وان كان موسرا الزم رهن قيمتها

وكذا لو وطأ امة غيره بشبهة (متن)

(قلت) هو مقتضى القياس على استيلاد المجنون والمحجور عليه هذا كله اذا حبلت او ولدت ولم تمت او لم تنقص قيمتها اما لو ماتت بالطلق او نقصت قيمتها بالولادة فالصواب ان لا قيمة ولا ارش اذا كان الوطئ مع الاذن كما نبه عليه في جامع الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وقد اطلق المصنف الحكم بان عليه القيمة فينزل على ماذكرنا والا فقد يقال ان اضافة الهلاك الى الوطئ ولو كان بغير اذن بعيدة واحالته الى علل اخر وعوارض تعرض اقرب من اضافته الى الوطئ الا ان تقول انه سبب ظاهر كحفر البئر ونحوه وحيث يجب الارش اوالقيمة يكون رهنا معها وله ان يصرفه الى قضاء الحق ولا يرهن وهل تباع قبل ان تسقيه اللبن الظاهر ذلك اذا وجد من يسقيه اوشرط على المشتري سقيه وعدم المسافرة بها والا فلا عملا بخبر الضرار وموافقة للاعتبار (الصورة الثالثة) ان يطأها المرتهن باذن الراهن فالوطئ جائز ولا حد ولا مهر والولد حر لاحق بالمرتهن وقد حكى على هذا الاجماع في الخلاف والمبسوط وفي (الغنية) نفى عنه الخلاف وظاهر الخلاف الاجماع على انه لايلزم الاب قيمته ونص عليه في (المبسوط والغنية والسرائر) وفي (الدروس) انه لامهر ولا قيمة عند الشيخ وهو بعيد الا أن يحمل على التحليل لكن كلام الشيخ ينفيه لان الغرض من الرهن الوثيقة ولا وثيقة مع تسلط المالك على البيع والوطئ وغيره من المنافع المعرضة للنقص أو الاتلاف انتهى فتأمل فيه ولم يرجح في التذكرة لكن للشيخ في المبسوط والخلاف والسيد حمزة في الغنية كلام يعطي تحريم الوطئ على المرتهن مع اذن الراهن قال في (المبسوط) اذا وطأها باذن الراهن فان لم يدع الجهالة بتحريم ذلك فهو زنا وقال في (الخلاف) اذا وطأ الجارية المرهونة باذن الراهن مع العلم بتحريم ذلك لم يجب عليه المهر انتهى ومثله قال في الغنية وكأنه مخالف للاجماع فلعله محمول على اشتراط التلفظ بالتحليل أو على وطئها على صفة لايباح معها الوطئ كما اذا كانت محرمة أو في حيض لكن ذلك في غاية البعد عن عبارة المبسوط فليلحظ ذلك وهل تصير أم ولد في الحال أولا تصير ولو ملكها المرتهن بعد ذلك ففي (الخلاف والمبسوط والتحرير) انها لو اشتراها المرتهن صارت أم ولد له واستدلوا عليه بالاستحقاق وفي (المختلف) انها لاتصير بذلك أم ولد وهو ظاهر التذكرة وهو الظاهر وهذه يجوز بيعها بلاخلاف كما في السرائر (الرابعة) أن يطأها بدون اذن فان كان ظنها زوجته أو أمته فلا حد وعليه المهر والولد حر وعليه قيمته للراهن يوم سقط حيا وان ادعى الجهالة وكانت محتملة قبلت دعواه ثم ان أكرهها وجب المهر وكذلك يجب ان ادعت الجهالة وكانت محتملة ويسقط عنها بذلك الحد وان كان عالما فهو زان وعليه الحد ويجب المهر ان كانت مكرهة اجماعا وان طاوعت فقولان ذكرهما غير مرة وان كانت جاهلة حد هو دونها ولو أحبلها كان الولد رقيقا لان نسبه لايثبت للمرتهن لانه زان فيتبع الولد الام هذا وأما اذا رجع عن الاذن بعد الوطئ لم ينفعه الرجوع وان رجع قبله فان علم برجوعه فقد سقط اذنه ولايجوز له وطؤها وان لم يعلم وفعل كان ما فعله ماضيا وقد قيل انه لايكون ماضيا كما نبه على ذلك كله في المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو وطأ أمة لغيره لشبهة ﴾ أي تجب القيمة للمالك لو وطأ شخص أمة غيره لشبهة فماتت في الطلق وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا لان الوطأ استيلاء عليها والعلوق من آثاره فأدمنا به اليد والشبهة انما تمنع الاثم لااسقاط

ولا يضمن زوجته ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاد اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد وفي اعتبار القيمة يوم التلف او الاحبال او الاعلى نظر ولو باع الراهن باذن المرتهن صح ولا يجب رهنية الثمن الا اذا شرط ولو قال اردت بالاطلاق ان يكون الثمن رهنا لم يقبل ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو اسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد (متن)

ضمان مال الغير ومنه يعلم حكم ما اذا كان بدون شبهة بالاولى ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يضمن زوجته ﴾ بلا خلاف كما في التذكرة لان الوطأ مستحق شرعا فلا يترتب عليه ضمان اذ لا عدوان ﴿قوله﴾ ﴿ ولا المزني بها الحرة المختارة لان الاستيلاد اثبات يد والحرة لا تدخل تحت اليد ﴾ احترز بالحرة عن الامه فانها تضمن مطلقا وبالمختارة عن المكرهة فانه يجب عليه ضمانها لان التكوين من نطفته والسبب في التلف صادر عنه ﴿قوله﴾ ﴿ وفي اعتبار القيمة يوم التلف أو الاحبال أو الأعلى نظر ﴾ الاصح اعتبار قيمته يوم التلف كما تقدم الكلام في ذلك مستوفى في البيع الفاسد والعين المغصوبة وليس المراد بالاعلى في كلام المصنف الاعلى من يوم التلف ويوم الاحبال بل الاعلى من يوم الاحبال الى حين التلف والمراد بالقيمة القيمة السوقية فلو نقصت لنقصان في العين بعيب ونحوه فهو مضمون قطعا كما في (جامع المقاصد) وقد أوضحنا الكلام في ذلك أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع الى آخره ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك عند شرح قوله ولو أعتق الراهن باذن المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أردت بالاطلاق أن يكون الثمن رهنا لم يقبل ﴾ كما في (المبسوط والتحرير والدروس وجامع المقاصد) ومرجعه الى الاختلاف في النية ووجهه ان الاعتبار بما دل عليه اللفظ ولا دلالة في الاذن في البيع على ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ ولو ادعى شرط جعل الثمن رهنا حلف المنكر ﴾ أي الراهن كما فهمه في (جامع المقاصد) مختارا له وفاقا للدروس وفي (التذكرة) حلف المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو ظاهر المبسوط قال لو قال أذنت بشرط أن تعطيني حقي منه فقال الراهن بل مطلقا فالقول قول المرتهن لان القول قوله في أصل الاذن فكذا في صفته وهو نظير ما نحن فيه وقال في (التحرير) بعد نقل ذلك عنه عندي فيه اشكال وكذا لو قال أذنت بشرط جعل الثمن رهنا انتهى فهو في التحرير مستشكل فيما نحن فيه أيضا وقد يكون الاتيان بلفظ المنكر دون الراهن في كلام المصنف للاشعار بسبب تقديم قوله وهي كونه منكرا وقد يكون لما سمعته عن التذكرة والمبسوط فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض لم يكن للمرتهن التصرف في الثمن قبل الاجل ﴾ المراد بانعكاس الفرض أن يبيع المرتهن باذن الراهن وقد صرح بذلك جماعة كثيرون وقد تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو أعتق الراهن باذن المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعة ففي كونه اجازة اشكال فان قلنا به فلا شفعة ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ﴾ استشكل المصنف هنا وفي الارشاد في كون طلب المرتهن الشفعة اجازة والاظهر انه اجازة كما هو خيرة غاية المراد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ولا تبطل به الشفعة اما الاول فلان الشفعة مسبوقة ببيع صحيح وهو فرع رضى المرتهن

فطلبها يدل على رضاه بالبيع لأنه طالب معلول البيع فتثبت العلة ضرورة اذ يجب تنزيل طلب المكلف على الوجه الصحيح لوجوب صيانة كلامه شرعا عن الهذرية مع الامكان لان طلبها قبل البيع غير مشروع وفعل المسلم لاينزل الا على المشروع ولاريب ان الشفعة تابعة لملك المشتري سواء كان لازما أو جائزا وان وقع الخلاف في الجائز فيمتنع القول بأن المرتهن غير مجيز على تقدير القول بترتب الشفعة على العقد المطلق أعني المملك اذ قبلها لاملك لكنه طلبها فيمتنع على تقديرها انتفاء الملك الا أن يقال ان الشفعة والفسخ متساويان كما ستسمعه عن الايضاح وتعرف ضعفه والدلالة دلالة اقتضاء وهي معتبرة وان كانت لاتستفاد من اللفظ بمجرده بل بمعونة شيء آخر و بذلك فارقت دلالة الالتزام لانها تستفاد من اللفظ بمجرده بشرط العلم بالوضع وتحقق اللزوم وأما الثاني فلان هذا الطلب استلزم الرضا بيبع ترتب عليه طلب الشفعة كما عرفت ولا يزيد هذا الرضا عن رضى غيره من طالبي الشفعة وهو الذي حكاه الشهيد عن ابن المتوج ووجه احتمال كونه ليس باجازة ان اللفظ لايدل عليها باحدى الدلالات الثلاث وانه أعم لجواز صدوره حال الغفلة عن الرضا بالبيع وعن الرهن ولا دلالة للعام على الخاص كما في (الايضاح والحواشي وجامع المقاصد وغاية المراد) ووجهه في الايضاح أيضا بأن طلب ثبوت ملكه وازالة ملك المشتري هو طلب مساوي الفسخ يعني الشفعة فلا يثبت عليه ضده يعني ملك المشتري لانه انما صدر منه المساوي قلت معناه ان الفسخ والشفعة متساويان في طريق ازالة الملك عن المشتري فكما ان الفسخ لايكون اجازة فكذا الاخذ بالشفعة وفي (غاية المراد) انه ضعيف لان الشفعة ازالة ملك بعد ثبوته والفسخ رفعه بالكلية فكيف يتساويان انتهى ووجهوا سقوط الشفعة ان قلنا ان الطلب اجازة انها رضى بالبيع والرضا بالبيع يسقط الشفعة وقد عرفت ان الرضا بالبيع الذي يترتب عليه طلب الشفعة لايسقطها والا لم تثبت شفعة أصلا وقد قالوا ببقائها فيما اذا شهد أو بارك أو أذن في الابتياع أو ضمن الدرك أو توكل في البيع الموجب للشفعة وان كان بعضهم تردد وقال في (الايضاح) التحقيق ان هذه المسئلة تبنى على أن الشفعة هل تثبت بمجرد العقد أم بلزومه فان قلنا بالاول لم تكن اجازة ولم تسقط الشفعة به وان قلنا بالثاني كان اجازة فتبطل الشفعة لان طلبها يدل على اجازته لتلزم الشفعة والا لم يصح الطلب انتهى ومعناه كما ان الشريك اذا اجاز البيع ورضي به بعد البيع بطلت الشفعة ومعنى الاول كما في شرحه على الارشاد ان الشفعة تتبع مطلق البيع القابل للزوم سواء لزم أولا فلا يدل الطلب على الرضا بالبيع فاعترضه المحقق الثاني بأنه لايعقل ثبوت الشفعة بمجرد العقد الذي هو الايجاب والقبول لان هذا بمجرده لايقتضي البيع فان البيع نفس النقل أو نفس الايجاب والقبول المقتضيين للنقل أو الانتقال فكيف يعقل اثبات الشفعة التي هي تابع من توابع البيع بمجرد العقد ومع ذلك فلا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه انتهى وأنت خبير بأنه قد يقال لعله أراد ان بيع الراهن بيع صحيح لازم من طرف الراهن قابل للانتقال واللزوم الاجازة أو الابراء أو اسقاط حق الرهانة لان هذه تكشف عن الانتقال حين العقد فكان حال طلب الشفعة كحال النماء المتجدد بين العقد والاجازة فانا اكتفينا بمثل ذلك في ثبوت الشفعة صح طلبها كما اكتفينا فيه بصحة العقد وان لم يكن لازما كما اذا باع والخيار له أو لهما فبناء على ذلك لم يكن حينئذ طلب الشفعة اجازة لانه لعله بادر الى طلبها لانه يريد أن يسقط حق الرهانة ليأخذ بالشفعة ويكون قد فار فيكون ذلك منه اشارة الى خلاف ما ذكر والدهس الاشكال وما بعده من قوله ولو أسقط حق الرهانة فله الشفعة ان قلنا بلزوم العقد ولهذا سماه تحقيقا مصدقا الى

ويجوز ان يشترط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه او لغيره او وضعه على يد عدل وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ (متن)

أنه لا يكاد يتحصل لقوله ولو أسقط الى آخره معنى صحيح اذ لا يشترط بعد تحقق صحة البيع لزومه لثبوتها بل لو كان جائزا من الطرفين ثبتت كما عرفت ثم انك قد عرفت أيضا انهم قالوا ببقائها فيما اذا شهد او بارك وقد سلف له ان الاقرب لزوم العقد من طرف الراهن فليتأمل في ذلك جيدا وستسمع تفسيره في جامع المقاصد وكيف كان كلام المصنف فلا يرد على كلام ولده على النحو الذي وجهناه به ما أورده عليه في جامع المقاصد من قوله ان في كلام المصنف ولو أسقط حق الرهانة مايدل على عدم صحة بنائه لانه بعد اسقاطه الرهانة حكم بأنه يستحق الشفعة على تقدير القول بلزوم العقد لانه حينئذ يكون بيعا صحيحا وبدونه هو كالفضولي لا يثمر ملكا ومقتضاه انه لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم اذ ليس بيعا ولا يثمر تملكا فلو كان بناء الشارح الاشكال صحيحا لكان جزم المصنف باشتراط القول بلزوم العقد في ثبوت الشفعة منافيا للتردد المستفاد من الاشكال انتهى ونقلناه بتمامه لان فيه تبيانا للمراد من عبارة المصنف وهو كما ترى وكيف لا يكون عقد الفضولي بيعا ولا يثمر تملكا ثم انه بيع في ملك فكان كالفضولي وكيف لا يستحق شفعة على القول بعدم اللزوم مع وجود العقد المملك والشارح لم يبين الاشكال على ماحقق وانما بنى المسئلة ولكن بقي في كلام الايضاح أشياء وهي أن المقابلة بين الشقص على ماتركنا عليه كلامه ليست تامة والشقان في أنفسهما أيضا ليسا تامين على أي توجيه كان وما ذكرناه تأويل وتنزيل والا فالظاهر أن ايراد صاحب جامع المقاصد متوجه عليه وعلى كل حال ينبغي التأمل في هذا المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز أن يشترط المرتهن في العقد الوكالة لنفسه أو لغيره ﴾ كما (في المبسوط والخلاف والوسيلة والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) وهو قضية كلام الباقين وفي (الرياض) نفي الخلاف عنه وفي (الغنية) الاجماع على جواز اشتراطه في العقد لنفسه ولا قائل بالفرق ويدل عليه الاصل والعمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود والشروط السائغة أي الغير المخالفة للكتاب والسنة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ووضعه على يد عدل ﴾ هذا أيضا مما لا خلاف فيه وفي (الخلاف) الاجماع عليه وبه صرح في المبسوط والسرائر وأكثر ما تأخر عنهما ويأتي تمام الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للراهن فسخ الوكالة حينئذ ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) وهو ظاهر كثير من الباقين وقد يظهر من السرائر أن لا مخالف منا حيث نسب الجواز الى بعض أهل الخلاف وحكاه في المبسوط بلفظ القيل ولعله أراد الشافعي في أحد قوليه وتردد في الشرائع في اللزوم وضعفه في اللمعة بأن المشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط لا وجوب الشرط وربما احتمل في وجه تردده في الشرائع بأن الوكالة من العقود الجائزة ومن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ وان لزوم الشرط انما يكون مع ذكره في عقد لازم كالبيع وليس الرهن كذلك لان ترجيح أحد طرفيه ترجيح بلا مرجح والوجوه الثلاثة ضعيفة جدا فالاول بمنع عدم لزوم الوفاء بالشرط اذ المشهور الوجوب كما تقدم بيانه خصوصا فيما يكون العقد المشروط كافيا في تحققه كالوكالة لانه يصير كجزء من الايجاب والقبول يلزم حيث يلزمان والثاني بأن جواز الوكالة بحسب

نعم لو مات بطلت دون الرهانة ولو مات المرتهن فان شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم ينتقل اما الرهنية فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة ولو اقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية (متن)

الاصل لا ينافي لزومها بسبب كالاشتراط في العقد اللازم والثالث بأن عقد الرهن لما كان لازما من طرف الراهن كان مايلزمه الراهن على نفسه بعقده لازما من قبله عملا بمقتضى اللزوم والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزمه واما تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروطة فيه الوكالة فغير متوجه فيما نحن فيه لأنه دفع ضرر بضرر أقوى منه نعم لو كان مشروطا في عقد لازم آخر كالبيع توجه الفسخ حينئذ الا أن المقصود هنا شرطها في عقد الرهن وهناك وجه رابع ذكره الصيمري بعنوان السؤال وهو انه اذا مات الراهن بطلت الوكالة دون الرهانة كما ستسمع ولو كانت لازمة لما بطلت لان العقود اللازمة لا تبطل بالموت وأجاب عنه بما حاصله ان تغير حكم الوكالة لعارض لا يوجب تغير حقيقتها اذ هي استنابة الوكيل ومع موت الراهن لا استنابة ومع انتفاء الحقيقة ينتفي الحكم لان الجواز واللزوم من أحكام الوكالة ولا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة وهل للمرتهن عزل نفسه الظاهر ان له ذلك وكذلك الحال في الاجنبي فانه لمصلحته أيضا فكأنه نفسه لجواز عقد الوكالة الا مع ثبوت اللزوم وهما غير ثابت وقد يقال اذا كانت الوكالة والبيع مصلحة للراهن أو كانت لغيره انه ليس له عزل نفسه لدليل لزوم الشرط خرجت الوكالة الغير المشروطة وبقي الباقي ولانه يفوت الغرض من التوكيل وفيه نظر ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم لو مات بطلت دون الرهانة ﴾ كما هو قضية كلام المبسوط وصريح الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية لان الوكالة استنابة في فعل مخصوص بحال الحيوة لان الوكيل ينعزل بموت الموكل ولا كذلك الرهانة بل تنتقل الى ورثة المرتهن كما كانت له لانها حق من الحقوق المتعلقة بالمال فيكون الحكم في استحقاقها كاستحقاق المال بين الورثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات المرتهن فان شرط في العقد انتقال الوكالة الى الوارث لزم والا لم تنتقل اما الرهنية فتنتقل بالميراث كالمال بين الورثة ﴾ ذكر هذا مع امكان فهمه مما سبق ليبين أن الوكالة تنتقل مع الشرط فاقتضى المقام ذكر عدم انتقالها بدونه وذكر الرهنية ودليل انتقال الوكالة مع الشرط أدلة لزوم الشروط اذ الظاهر عدم المانع منه وانه مشروع وبذلك صرح في (الارشاد والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية) ولم يتأمل فيه سوى المولى الاردبيلي وكأن تأمله في محله فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقر المرتهن بالدين انتقلت الرهنية دون الوكالة والوصية ﴾ اذا ظهر استحقاق الدين لغير المدين صح الرهن وكان القابل فضوليا فاذا أجازه المالك صح ولزم ولا فرق في ذلك بين كونه باقرار أو بينة ومثله مالو باع المرتهن الدين الذي استحقه في ذمة الراهن فقد حكى الشهيد عن املاء فخر الاسلام انه نقل الاجماع على أن الرهن ينتقل الى المشتري وانه حكاه أيضا على انه ينتقل الى الوارث أيضاً اذا انتقل الدين اليه بالارث وانه قال انه في هذه الصور كلها لا ينتقل حق الوكالة والوصية ومعنى عبارة المصنف انه لو أقر المرتهن بأن الدين الذي وقع عليه العقد لآخر صح الاقرار وثبت كون الدين والرهانة به حقاً للمقر له اذا جاز ولو كان قد اشترط المرتهن في عقد الرهن أو غيره من العقود اللازمة كونه وكيلا في البيع حال حيوة

واذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلا والا فالحاكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه (متن)

الراهن ووصياً في بيعه بعد موته لم ينتقل ذلك الى المقر له لانه خلاف المشروط ولان ذلك استنابة عن الراهن لاحق يختص به المرتهن ليعقل نفوذ اقراره فيه ولا حاجة في تفسيرها الى تصوير انه أقر انه كان وكيلا كما صنع في جامع المقاصد ثم اعترض عليه (أولا) بأنه لا انتقال هناك بل الرهنية بمقتضى الاقرار حق للمقر له من أول الامر الا أن تقول ان لم تفسر بذلك التفسير احتاجت الى تقدير اذا أحار كما صنعت ثم انه قد يكون المراد على ذلك التفسير انه ظهر انتقال الرهنية (وثانيا) بأنه انما تثبت الرهنية للمقر له بشرط كونه وكيلا عنه واعترافه بأنه أوقعها عنه وظاهر العبارة ان مجرد ايقاع الرهانة بين الراهن والمرتهن كاف في ثبوتها انتهى وهي مناقشة هينة جدا على التقديرين (وثالثا) بأن العبارة خالية من الدلالة على ما يراد بقوله والوصية فانه وان جرى للوكالة في بيع الرهن ذكر لكن لم يجر للوصية ذكر أصلا وهي دلالة اللفظ على المعنى المراد شدة خفاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا امتنع الراهن من الاداء وقت الحلول باع المرتهن ان كان وكيلا ﴾ يريد انه أي المرتهن اذا كان وكيلا باع الرهن نفسه مع حلول الدين اما بأصله أو بانقضاء أجله حتى لو كان حالا فله البيع في مجلس الرهن ما لم يشترط عليه تأخير التصرف الى مدة فيقوم مقام تأجيل الدين وعلى ذلك أي كونه وكيلا حمل ما روي في الكافي والتهذيب والفقيه عن اسحق بن عمار في الموثق برواية الثالث وظاهر الكتاب والشرائع والنافع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمفاتيح والكفاية انه يجوز له استيفاء دينه من الثمن مطلقاً حيث عبر فيها بمثل عبارة الكتاب ما عدى النافع فان فيه انه لو كان وكيلا في بيع الرهن فباع بعد الحلول صح البيع فانه لم يعرض فيه الامتناع والتعذر وفي (النهاية والسرائر) التقييد بما اذا كان وكيلا في البيع واستيفاء حقه لكنه في السرائر فرض المسئلة فيما اذا غاب ولا مغايرة كما ستعرف في آخر البحث ونحوهما ما في الكفاية وربما قيد بتوافق الدين مع الثمن في الجنس والوصف والوجه في الاول الاستناد الى ما دل على جواز المقاصة عند الامتناع من أداء الحق من نفي الحرج والضرر في الشرع والى ما عدا من الجنس أو الصحيح الدال على جوازها عند الخوف من جحود وورثة الراهن وغيره والمظنة قد تقضي بجريانها فيما نحن فيه بل فيما في النافع على انا قد نقول ان الاذن في البيع بعد الحلول قرينة على الرخصة في الاستيفاء في الاغلب فنزل عليه الاطلاقات المذكورة وقد يستدل على ذلك بقول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان استوثق من مالك إذ الظاهر أن الاستيفاء باعتبار أخذ الدين من الرهن بعد الامتناع من الاداء واحتمال ارادة الحجر عن الانتفاع بعيد والوجه في التقييد أن الاصل عدم الجواز ولا دليل عليه سوى الاذن في البيع وهو لا يستلزم الاذن في الاستيفاء (وفيه) أن التقييد المذكور مع الغض عما ذكرنا لا يجدي لعدم قيام دليل صالح عليه وان قيل بمثله فيما اذا كان ما في ذمة المديون مثل الدين في الوصفين فانه يجوز له المقاصة والتهاتر من دون توقف على المراضاة كما مر مثل ذلك عن التذكرة في باب القرض فليتأمل فيه وفي (السرائر والارشاد والمختلف) عبارات أخر وهي اذا حل الدين لم يجز بيعه الا أن يكون وكيلا وهذه قد تعطي ما يفهم من عبارة الكتاب ونحوها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فالحاكم وله حبسه حتى يبيع بنفسه ﴾ أي وان لم

(الفصل الرابع) في الحق وشروطه ثلاثة ان يكون دينا لازما اوآيلا اليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال (متن)

يكن وكيلا طلب من الراهن البيع أو الاذن فيه فان فعل والا رفع أمره الى الحاكم والمصنف طوى ذلك لظهوره فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه لانه ولي الممتنع وله حبسه لان ذلك حق عليه ويدل عليه الخبر المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام وكذا له تعزيره والظاهر عدم الخلاف في جواز ذلك للحاكم بل يمكن أن يقال انه يجب عليه ذلك كما هو صريح السرائر وقد يفهم ذلك من التذكرة وغيرها وقد تقدم مثله وقد يحمل موثق اسحق بن عمار الذي أشرنا اليه آنفا على ما إذا أذن الحاكم وقد اختلفت عباراتهم في المقام اختلافا لا يؤدي الى اختلاف في الحكم ففي المبسوط كالكتاب وفي (الشرائع) والا رفع أمره الى الحاكم ليلزمه البيع فان امتنع كان له حبسه وله أن يبيع عليه وفي (التحرير) والا رفع أمره الى الحاكم وللحاكم حبسه حتى يبيع أو يوفيه وفي (الدروس) للحاكم بيعه وله حبسه وتعزيره حتى يبيع بنفسه وفي (الوسيلة) اذا لم يأذن أو غاب باعه الحاكم وفي (السرائر والمختلف والارشاد) اذا حل الدين لم يجز بيعه الا أن يكون وكيلا أو يأذن الحاكم وفي (الكفاية) ان لم يكن وكيلا في البيع لم يكن له البيع بنفسه لا أعرف فيه خلافا (قلت) أطلق أبو الصلاح جواز البيع مع عدم التمكن من استئذان الراهن وفي (التذكرة) انه لو لم يكن له بينة أو لم يكن في البلد حاكم فله بيعه بنفسه كما ان من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون وهو جاحد ولا بينة له له بيعه ويأخذ حقه والظاهر ان مراده بعدم كونه في البلد كونه بعيدا بحيث يشق التوصل اليه عادة لا مطلق كونه في غير البلد ونحوه ما في جامع المقاصد قال لو لم يكن الحاكم موجودا باع بنفسه ولو أشهد شاهدي عدل كان أولى ولو تعذر اثبات الرهانة عند الحاكم باع بنفسه وان كان مع وجود الحاكم لئلا يضيع حقه ونحوه ما في الميسية والمسالك لكنهما عبرا عن الحكم الاول بتعذر وصوله الى الحاكم لعدمه أو لبعده وقد يكون مستندهم في ذلك دفع الضرر والحرج واطلاق موثق اسحق المتقدم وقد لا يعارضه في المقام الموثقان الآتيان لعدم انصرافهما اليه فليلحظ وزاد في المسالك ما اذا افتقر الى اليمين لكون المدعى عليه غائبا ونحوه فانه احتمل فيه جواز الاستقلال دفعا لمشقة الحلف واستظهر عدمه لامكان الاستيفاء من وكيل المديون وهو الحاكم فلا يستبد بنفسه وقول المصنف وغيره اذا امتنع الراهن من الاداء يشمل ما اذا كان حال غيبته أو حضوره ولذا فرضت المسئلة في السرائر فيما اذا غاب وقد تضمن موثقا عبيد وابن بكير انه اذا غاب الراهن لا يباع الرهن حتى يجيء وقد حملا على ما اذا لم يكن وكيلا ﴿قوله﴾ ﴿الفصل الرابع في الحق وشروطه ثلاثة أن يكون دينا لازما أو آيلا اليه يمكن استيفاؤه منه فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال﴾ قد طفحت عباراتهم بأن الحق هو الدين الثابت في الذمة صرح بذلك في (المبسوط وفقه الراوندي وجامع الشرائع والشرايع والنافع والارشاد والتذكرة والتبصرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والمفاتيح) وقال في (الشرائع) كالقرض وثمن المبيع ومثله ما في اللمعتين وقال في (النافع) مالا كان أو منفعة وقال في (التذكرة) أن يكون دينا ثابتا في الذمة حالة الرهن لازما ثم قال ثابت في الذمة اما بالفعل أو بالقوة وفي

(مجمع البرهان) كأن دليله الاجماع وفي(المسالك والروضة والكفاية) انه الدين الثابت في الذمة وان لم يستقر وزاد في الدروس الذي يمكن استيفاؤه من الرهن ومرادهم بالثابت في الذمة كما بينه جماعة ما كان مستحقا فيها أعم من أن يكون ثبوته مستقرا كسائر الديون أو غير مستقر كالثمن في زمن الخيار كما سمعت التصريح به عن بعض وظاهر اشتراطهم كونه دينا عدم جوازه على العين مطلقا مضمونة أو غير مضمونة وستعرف المصرح بالجواز وظاهرهم انه لا بد من ثبوته في الذمة قبل الرهن وستعرف القائل بجوازه مع المقارنة(اذا عرفت)هذا فعد الى عبارة الكتاب فالمراد بكونه لازما اما اللزوم الحقيقي كالدين اللازم و بالآيل الى اللزوم الثمن في زمن الخيار واما أن يكون المراد بكونه لازما أن يكون ثابتا في الذمة فانه سيأتي له جواز الرهن على الثمن في مدة الخيار وبكونه آيلا الى اللزوم أن يكون ثبوته في الذمة بالقوة القريبة من الفعل كما في مسئلة التشريك بين الرهن وسبب الدين وهي صورة المقارنة كما يأتي وعلى تقدير بطلان هذه الصورة لا يبقى لاشتراط أحد الامرين من كون الحق ثابتا أو آيلا الى الثبوت وجه أصلا الا أن يقال انه يتحقق في الاعيان المضمونة فانها لكون الحق فيها آيلا الى الثبوت لوجود سببه يصح الرهن بها من هذه الجهة فلا يبقى مانع لا جهة كونها أعيانا لكنه قال في(التذكرة)يشترط مع ثبوت الدين لزومه فعلا حالة الرهن أو قوة قريبة من الفعل كالثمن في مدة الخيار لقرب حاله من اللزوم وقال ما كان الاصل في وضعه الجواز كالجعل في الجعالة فان كان قبل الشروع في العمل لم يصح الرهن عليه لانه لم يجب ولم يعلم افضاؤه الى اللزوم فليلحظ ذلك فانه يناسب ابقاء عبارة الكتاب على ظاهرها وأراد بامكان استيفاء الحق من الرهن اخراج الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كالاجير الخاص فانه لو تعذر لم تستوف المنفعة من غيره فلا يرتهن على المنفعة كما ستسمع و بيان عدم صحة الرهن على الاعيان مطلقا امتناع استيفاء العين الموجودة من شيء آخر وهو أي عدم الصحة في غير المضمونة موضع وفاق كما في جامع المقاصد والمسالك والمصابيح واستظهر المولى الاردبيلي من التذكرة عدم الخلاف وأما المضمونة فالمنع فيها خيرة الغنية والسرائر والرياض وظاهر اطلاق المحقق وجماعة كما عرفت وسببه في الرياض الى الاكثر وفي (المسالك والكفاية) أطلق المحقق وجماعة المنع وهذا أثبت مما في الرياض وحجتهم الاصل وأن لا دليل على الصحة لعدم الاجماع واختصاص الآية الشريفة وجملة من النصوص بالدين وعدم انصراف اطلاق باقيها الى محل الفرض لانه سيق لامر آخر وما سمعته عن المصنف وغيره من عدم استيفائها بعينها من شيء آخر (وفيه) ان العمومات الدالة على لزوم الوفاء بالعقود هي الدليل القاطع للاصل ولم يعلم عدم تداولها في زمن الشرع (الشارع خ ل) حتى لا تتناولها هذه العمومات ولم تتحقق الشهرة على المنع حتى تكون امارة على عدم التداول في العصر المذكور يستند اليها في الجملة مضافا الى القطع بتداول حبس الرهن فيه ودعوى ان ذلك يسمى رهنا لغة وعرفا وأما الاخير فيرد(أولا) بامكان التوثيق بأخذ العوض عند التلف كما ستعرف الحال في ذلك(وثانيا)بعدم جريانه في الدين المجمع على جواز الرهن عليه فان ما يستوفى من الرهن أو ثمنه ليس عين الدين الكلي الذي اشتغلت به الذمة لانه مغاير لجزئياته ولو في الجملة ولذلك اختير جواز الرهن عليها في التذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ومال اليه أو قال به في المفاتيح للاصل والعمومات وهو عقد صدر من أهله في محله ولا مانع الا ما ذكر في حجة المنع كما قد عرفت الحال في ذلك كله وان معنى التوثق حاصل باستحقاق أخذ عوض العين عند تلفها من المرهون وذلك هو المقصود من

ولا على ما ليس بثابت حالة الرهن كما لو رهن على ما يستدينه او على ثمن ما يشتريه منه فلو دفعه الى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا (متن)

الرهن اذ المعقول منه كونه وثيقة للحق المرهون به على أن يستوفى منه عند الحاجة وهذا كما يصدق في الرهن على الدين يصدق على الرهن في موضع النزاع وعساك تقول فعلى هذا يجوز الرهن على غير المضمون من الاعيان لثبوت التوثق بهذا المعنى في الرهن عليها فيجاب بوجهين (الاول) ان الفارق الاجماع لانعقاده على عدم الجواز فيها ووقوع الاختلاف هنا (الثاني) ان العين في محل البحث مضمونة عند الرهن فعهدتها متعلقة بالذمة ولا كذلك العين المضمونة (وفيه) ان مضمونيتها عند الرهن مشروطة بالتلف وليست بالفعل على اليقين والضمان بالشرط جار في نحو العارية فانها وان لم تكن مضمونة عند العقد بمجرد التلف فيما بعد الا أنها مضمونة به مع التفريط فكل منهما مضمون عند العقد في الجملة وان كان الضمان في الاول بمجرد التلف وفي الثاني به مع التفريط ومجرد الافتراق في ذلك غير مجد للفرق بعد دعوى عموم دليل الجواز للاشتراك في الضمان في الجملة الذي جعل عليه المدار في صحة الرهن فالمدار في الفرق على الاجماع وقد استدل في (المفاتيح) على الجواز فيما نحن فيه بما ورد في المستفيضة المعتبرة من جوازه على خصوص المضمون كما في الخبر عن السلم في الحيوان والطعام ويؤخذ الرهن فقال نعم استوثق من مالك ما استطعت ولعله من حيث اشعار التعليل بالاستيثاق بالعموم فليلحظ ذلك ولم يرجح أحد القولين في التنقيح والكفاية وبنى المسئلة في الاول على تعريف الوثيقة من أنها ما يستوفى منه الدين أو يستوفى به الدين وقد عرفت الحال في ذلك (ومما ذكر) يعرف وجه الاشكال في كلام المصنف حيث قال فلا يصح الرهن على الاعيان وان كانت مضمونة كالغصب والمستعار مع الضمان والمقبوض بالسوم على اشكال فالاشكال كما في جامع المقاصد انما هو في الاعيان المضمونة وفي (حواشي) الشهيد انه راجع الى الجميع ويرده دعوى الاجماع كما عرفت وهل يجوز أخذ الرهن على الثمن للمشتري أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد البيع جوزه في (جامع المقاصد) بل استظهر أن أخذ الرهن على الصنجة حذرا من نقصها (نقصانها خ ل) كالرهن على البيع وقد نسب ذلك في المسالك الى الشهيد وجماعة وفي (التحرير) يجوز أخذ الرهن على الدرك والمغصوب وكل ما أشبهه في الحقوق التي تثبت في العين على اشكال وفي (الدروس) يجوز أخذ الرهن على عهدة الثمن وكذا المبيع والاجرة وعوض الصلح ان جوزنا الرهن على الاعيان وظاهر مجمع البرهان ان ذلك ليس محل خلاف حيث قال ولهذا نجد تجويزهم الرهن في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك انتهى وقال في (التذكرة) عهدة البيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها لان الرهن بها يبطل الارفاق فانه اذا باع عبده بألف ودفع رهنا يساوي ألفا فكأنه ما اقتضى الثمن ولا ارتفق به (وفيه) انه يرد عليه مثله فيما اذا رهن على ثمن المبيع مؤجلا فتأمل وفي موضع آخر من التذكرة قال لا يصح عندنا وقد يوجه المنع فيما نحن فيه بحصول الضرر بحبس الرهن دائما الا أن يقول ذلك مستند الى الراهن ولعلهما اذا أمنا الاستحقاق يتماكان ﴿قوله﴾ ﴿ولا على ما ليس بثابت كما لو رهن على ما يستدينه أو على ثمن ما يشتريه منه﴾ قد حكى الاجماع على عدم الصحة في ذلك في (التذكرة وجامع المقاصد) وظاهر الكفاية حيث قال قالوا ﴿قوله﴾ ﴿فلو دفعه الى المرتهن ثم اقترض لم يصر بذلك رهنا﴾ (١) المخالف في ذلك أبو حنيفة ومالك وفصل

(١) كما اذا أراد أن يستقرض منه عشرة دراهم مثلا فرهن عنده ثوبا قبل أن يستقرض منه الدراهم (منه قدس)

ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجواز اشكال ينشاء من جواز اشتراطه في العقـد فتشريكه في متنه آكدومن توقف الرهن على تامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو قـدم الارتهان لم يصح (متن)

بعض الشافعية بأنه ان عين ما يستقرضه لزم والا فلا (احتج أبو حنيفة) بأن ذلك وثيقة فجار أن يكون عقدها موقوفا على حق يحدث في المستقبل قياسا على ضمان الدرك (وفيه) انه جاز للحاجة اليه والاحتيا للمال بخلاف مانحن فيه والسر فيـه ان العقود اذا اشترط تأخير مقتضاها لم يتحقق الانشاء الصريح للفعل المطلوب ثبوته حالا ولا سيما اذا اعتبر فيه لفظ الماضي ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو شرك بين الرهن وسبب الدين في عقد ففي الجوار اشكال ينشاء من جواز اشتراطه في العقد فتشريكه فى متنه آكدا و من توقف الرهن على تامية الملك لكن يقدم السبب فيقول بعتك هذا العبد بالف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت ولو تقدم الارتهان لم يصح﴾ قد تقدم عند شرح قوله في اول الباب وهل يقوم شرط الرهن في عقد البيع مقام القبول نظر ماله نفع في المقام (وتنقيح البحث) ان يقال هنا مسائل (الاولى) ان يقول بعتك العبد بألف وارتهنت الدار بها فيقول اشتريت ورهنت (الثانية) ان يقول بعتك هذا العبد وارتهنته بكذا فيقول اشتريت ورهنت (الثالثة) ان يقول بعتك هذا العبد على ان يكون رهنا في يدي (الرابعة) ان يشترط البائع ان يسلم المبيع الى المشتري ثم يرده الى يده رهنا بالثمن والكل محل خلاف (اما الاولى) فقد حكم فيها بالصحة فى المبسوط والتذكرة والتحرير ونفى عنها البعد في مجمع البرهان لعموم الادلة وعدم ظهور مانع الااشتراط ثبوت الحق حال الرهن وهو غير ثابت بالدليل في محل النزاع وقد جوزوا في الدرك على الثمن والمبيع وغير ذلك ولان الحاجة تدعو اليه فانه لو لم ينعقد مع ثبوت الحق وشرط فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكان الخيار الى المشتري ولعله لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق ولان شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة فكذا مزجه بهما بل هو أولى لان الوثيقة هنا آكد فان الشرط قد لايفي به وهذا مراد المصنف لاما فهمه في جامع المقاصد من أن الصحة هنا آكد فقال ما ادعاه من الآكدية غير واضح فان اشتراط الرهن في العقد الذي يقتضي وجوبه وثبوته غير انشاء عقد الرهن والمشروط بثبوت الحق في الذمة هو الثاني دون الأول ولان اشتراط الرهن مقتضاه اثبات استحقاق الرهن على الثمن بعد ثبوته وأما الرهن فانه أنشأ التوثق وانما يكون بحق ثابت اذلا يكاد يعقل معنى الوثيقة بحق لم يثبت بعد انتهى وفيه (اولا) أنك قد عرفت انه لم يقم دليل على اشتراط ثبوت الحق حال الرهن (وثانيا) أنه في الحقيقة وعنـد التحقيق لاثبوت فيهما وانما هو الاول الى الثبوت لانه اذا شرط عليه الارتهان كان الرهن جزأ من الثمن فلم يقع البيع تاما الا بعد الرهن فيلزم أن يرهن الرهن على الثمن قبل تمام الشراء واستيفاء الثمن فليتأمل جيدا (ثم) ماذا يقول فيما اذا قال البائع بعد ذلك ارتهنت أو قلت فان الصحة حينئذ مقطوع بها كما في الدروس أتراه يلغي ذكر الارتهان في ايجاب البائع و يعتمده في قبول المشتري والبائع أم يقول ذلك القبول من المشتري ايجاب بناء على ما اعتمده في أول الباب من وجوب تقديم الايجاب وان المعاطاة لاتجرى

في الباب ولذا قال في المقام ويشكل على الصحة في المسألة تقديم قبول الرهن على ايجابه وهذا الاشكال في محله بناء على ماهو الظاهر من الاكثر من أنه لا بد من تقديم الايجاب على القبول كما بيناه في أول الباب وقلنا انه قال في التذكرة ان الخلاف في الاكتفاء في الرهن بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع آت هنا والشهيد في الدروس استشكل من هذه الجهة ومن غيرها لكن هذه كانت أوقع في نفسه فانه بعد أن ذكر وجهي الصحة والمنع و بينهما أحسن بيان قال ويحتمل المنع لان شقي الرهن في صورة الاشتراط موجودان بخلاف هذه الصورة فانه لم يوجد الا شق الايجاب والاشتراط المتقدم لا يعد قبولا وفي حكمه الاستيجاب بل هو أضعف منه وقد حكم في الايضاح وجامع المقاصد بالبطلان وهو ظاهر المختلف في مقام آخر ونقل في الرياض حكايته عن الاكثر ولم نظفر بالحاكي لما عرفته من تقدم القبول ومن توقف الرهن على تمامية الملك بمعنى أصل الاستحقاق والثبوت وان مساوات هذا الرهن الاعيان المضمونة والدرك غير واضحة فان هناك حقا في الجملة بخلاف ماهنا وأما الصورة الثانية فقد حكم بالصحة فيها في الايضاح مع حكمه في الاولى بالبطلان والفرق غيرظاهر واستند الى الصحة بأنه لاأقل من أن يكون فضوليا ثم يلزم بحصول شرط الصحة ومن الغريب أنه حكى فيه عن المبسوط أنه قال فيها بالبطلان والموجود فيه في أول الباب التصريح بالصحة كما حكاه عنه والده في المختلف والفاضل الكركي وأما الصورة الثالثة والرابعة فقد حكم فيهما بالبطلان الشيخ في المبسوط وابن ادريس وسبطه صاحب الجامع قال في (السرائر) وهذا معنى قول شيخنا المفيد اذا اقترن الى البيع اشتراط في الرهن أفسده وان تقدم أحدهما على صاحبه حكم له به دون المتأخر (واحتج) على ذلك في (المبسوط والسرائر) أن شرطه أن يكون رهنا لا يصح لانه شرط أن يرهن مالا يملك فان المبيع لا يملكه المشتري قبل تمام العقد واذا بطل الرهن بطل العقد لان البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع والرهن يقتضي ايفاء الثمن من ثمن المبيع وذلك متناقض (وأيضا) فان الرهن يقتضي أن يكون أمانة في يد البائع والبيع يقتضي أن يكون المبيع مضمونا عليه وذلك متناقض قالا وأما اذا اشترط البائع أن يسلم المبيع الى المشتري ثم يرده الى يده رهنا بالثمن فان الرهن والبيع فاسدان مثل الاول (وفيه أولا) انه في المبسوط جوز المسألة الاولى والثانية وهما أبعد من هاتين بل من جوزهما استند فيه الى أنهما كهاتين كما سمعت وقضية ذلك أن الجواز مسلم لا ريب فيه في هاتين بل هو صريح في المبسوط بذلك قال واذا ثبت جواز شرطه أي الرهن جاز ايجاب الرهن وقبوله فيه فيقول ملك هذا الشيء بألف وارتهنت منك هذا الشيء بالثمن فقال المشتري اشتريته منك بألف و رهنتك هذا الشيء بالثمن الا أن تقول ان المفروض في كلامه هو أن المشروط رهنه غير المبيع فليلاحظ (وثانيا) انه قال في الخلاف اذا شرط في حال عقد الرهن شروطا فاسدة كانت الشروط فاسدة ولم يبطل الرهن ولا البيع الذي كان الرهن شرطا فيه مستندا الى ان فساد الشرط لا يتعدى الى فساد الرهن ولا فساد البيع لانه لا دليل على ذلك (وثالثا) أنا نمنع من كونه رهن مالا يملك لان الرهن انما يتم بعد كمال عقد البيع المتقدم القاضي بالملك فكان حينئذ مملوكا ثم ان الملك شرط في الرهن لا شرط في اشتراط الارتهان وقد استوفينا الكلام في المسألة من جميع أطرافه في الفرع الثاني من الفصل الثالث في شروط البيع وذكرنا الدور وبينا الحال فيه فليراجع (ورابعا) أنا لا نسلم أن البيع يقتضي ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع بل المسلم أنه لا يقتضي ايفاء الثمن من ثمن المبيع وهذا لا يناقض ايفاء الثمن من ثمن البيع

ولو رهن على الثمن في مدة الخيار او على مال الجعالة بعد الرد او على النفقة الماضية او الحاضرة صح لا على المستقبلة والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة (متن)

(وخامسا) أنا لا نسلم التناقض الاخير لانه لما جعله رهنا خرج عن كونه مضمونا عليه فلا تناقض ويبقى الكلام فيما أراده المفيد فانه لم يعلم مراده ولا سيما كلامه الاخير وقد فسره الشيخ في الحائريات بما لم يظهر لنا ولا لصاحب السرائر وجهه على أن حاصله قد ذكره المفيد قبل هذه العبارة فليلحظ ذلك في الكتابين والمراد بتقديم السبب في كلام المصنف تقديمه ايجابا وقبولا فلو تأخر فيهما أو في أحدهما لم يصح لتقدم الرهن حينئذ على سبب الدين المقتضي لصحته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن على الثمن في مدة الخيار ﴾ لقرب حاله من اللزوم فيصح الرهن عليه كما في (المبسوط والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة) وغيرها ولا ينافيه كون الفسخ بالخيار جائزا لان ذلك ابطال لما ثبت طار على الثبوت فهو بمنزلة عقد مستأنف ولو جعلنا الخيار مانعا من نقل الملك في الثمن الى البائع كما حكي عن الشيخ وقد عرفت الحال في محله امتنع الرهن عليه على الظاهر لوقوعه قبل ثبوت الدين ولا ريب انه لا يباع الرهن في الثمن ما لم تمض مدة الخيار ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على مال الجعالة بعد الرد ﴾ أي تمام العمل اجماعا كما في (التذكرة) لانه لازم ثابت في الذمة حينئذ و بالصحة صرح في المبسوط والشرائع وأكثر ما تأخر عنهما الا قبله كما يأتي في كلام المصنف و به صرح في الخلاف والشرائع وأكثر ما تأخر وفي (الكفاية) انه المشهور قالوا وان شرع فيه لانه لا يستحق شيأ منه الا بتمامه ولا يعلم افضائه الى الوجوب واللزوم واختار في التذكرة جوازه بعد الشروع قبل الاتمام لانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار واحتمله في الدروس وهو ضعيف والفرق واضح لان المبيع يكفي في لزومه ابقاؤه على حاله فتنقضي المدة والاصل عدم الفسخ عكس الجعالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو على النفقة الماضية او الحاضرة صح لا على المستقبلة ﴾ كما (في جامع الشرائع وجامع المقاصد) والوجه في ذلك ظاهر لان الاوليين واجبتان بخلاف المستقبلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز الرهن على مال الكتابة ﴾ أي مطلقا لان المكاتبة ان كانت مطلقة يجوز الرهن على مالها بلا خلاف كما في (المسالك) ولا كلام فيه كما في الايضاح وغاية المرام وكذا حواشي الكتاب وان كانت مشروطة فقد جوز الرهن على مالها في ظاهر الشرائع وان كانت عبارتها غير جيدة وصريح التذكرة والتحرير والتلخيص والارشاد والمختلف والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (غاية المرام والكفاية) أنه المشهور عند المتأخرين لانها لازمة للمكاتب مطلقا عندنا كما في المختلف والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي في الجواهر وابن ادريس وسبطه يحيى بن سعيد في الجامع قال في (السرائر) لان مال الكتابة المشروطة عندنا غير لازم وقال في (المبسوط) لا يجوز الرهن عليه لان العبد له اسقاطه عن نفسه متى شاء فهو غير ثابت في الذمة ولانه متى امتنع العبد من مال الكتابة كان للمولى رده في الرق فلا يحتاج الى الرهن وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار وذلك لان بناء البطلان على جواز ابطال المكاتب لها لان من خواص الرهن أن يكون لازما من طرف الراهن وحيث يجوز فسخه لا تبقى فائدته وهنا الكتابة جائزة من قبل المكاتب فجاز له تعجيز نفسه عن مالها أجمع وفسخ الرهن كما لو كانت جائزة من الطرفين على قول ابن حمزة في المشروطة (وفيه) ان امكان الفسخ عند

ولا يصح على مال الجعالة قبل الرد ولا على الدية قبل استقرار الجناية ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطاء على العاقلة ومطلقا في غيره ومع فسخ المشروطة يبطل الرهن ان جوزناه ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء ويصح على العمل المطلق الثابت في الذمة (متن)

اسقاط الحق غير قادح لانه كالاداء ويجوز لكل راهن ذلك بل القادح جواز فسخه مع كون مال الكتابة في ذمته كما ستسمع ثم ان التعجيز ابطال طار لما ثبت في الذمة بالعقد الصحيح فلا أثر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا على الدية قبل استقرار الجناية ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة) وهو قضية مفهوم كلام الباقين كما ستسمع وفي (الكفاية) انه المشهور والمراد قبل انتهائها الى اخذ الذي يوجب الدية وان علم انها تأتي على النفس لعدم ثبوت ذلك حين الرهن وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال الى غيره بل هو في الحقيقة ليس بثابت لان الشارع لم يرتب عليه حكما الى ان تستقر وربما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقر موجبها وأن لم تستقر هي كقطع ما يوجب الدية فان غايته الموت ولا يوجب اكثر منها بخلاف ما دون ذلك وهو جيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز على كل قسط بعد حلوله في الخطاء على العاقلة ﴾ لايجوز الرهن على الدية من العاقلة قبل الحلول لانها لم تجب بعد ولا يعلم افضائها الى الوجوب لان المستحق عليه غير مضبوط لان المعتبر منها من وجد حال الحلول جامعا للشرائط ولم يعلم لاحتمال الجناية والموت والاعسار فافترقت عن الدين المؤجل لتعيين المستحق عليه فيه بخلاف العاقلة واحتمل في (التذكرة) جوازه قبل الحلول لاصالة بقاء الحيوة واليسار واما بعد الحلول فيجوز لاستقرار القسط لانه مال ثابت في الذمة فيرهن على الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومطلقا في غيره ﴾ اذا استقرت الجناية في النفس أو الطرف في غير الخطأ صح الرهن قبل الحلول وبعده كما في شبيه العمد لانها تستأدى في سنين وذلك لان الدية من مال الجاني حينئذ والثبوت في ذمته متحقق والاجل في شبيه العمد لاينافي الثبوت وهو الذي صرح به الجماعة واستقر عليه رأي الشهيد في الدروس وجعله هو الظاهر بعد ان حكم اولا بانه لا يجوز الرهن في شبيه العمد الا بعد الحلول كما هو الشان في العاقلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع فسخ المشروط يبطل الرهن ان جوزناه ﴾ اي الرهن ويحتمل الفسخ والمعنى على الاول ان المكاتب المشروط اذا عجزه مولاه وفسخ المولى فيكون المصدر مضافا الى مفعوله كان كالابراء فيسقط الدين و يبطل الرهن ويصير المعنى على الثاني اما ان جوزنا له اي للمشروط الفسخ بطل الرهن لانه كالاداء كما اشرنا اليه آنفا لكنا لا نجوز له الفسخ وتعجيز نفسه مع القدرة بل يجبره الحاكم او المالك على السعي ولا يلزم من كون المولى يتخير في الفسخ عند عجز المكاتب تسويغ العجز له سلمنا لكن لا يلزم من ذلك بطلان الرهن كالرهن في مدة الخيار وليعلم انه قال في المبسوط مال السبق والرمي لايجوز اخذ الرهن عليه وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه يجوز لان الاصح لزومهما وفي (التحرير والتذكرة) انا ان جعلنا المسابقة عقد لازما كالاجارة صح الرهن على العوض قبل العمل والا فلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن على الاجارة المتعلقة بعين المؤجر كخدمته لم يصح لعدم تمكن الاستيفاء و يصح على العمل المطلق الثابت في الذمة ﴾ قد صرح بالحكمين في (المبسوط

ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴿الفصل الخامس﴾ في القبض وليس شرطا على رأي (متن)

والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس واللمعة وغاية المرام والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية) وفي (جامع الشرائع) بالاول والوجه في الاول ان تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها الا من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت ونحوه بطلت الاجارة وفي الثاني انه يمكن استيفاؤها حينئذ من الرهن فان الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق ولولا ظهور الاجماع على ذلك لامكن ان يقال ان في اطلاق الدين المشترط في الرهن على ذلك تأملا فان كان باعتبار ما في الذمة من الاجرة فالرهن في الحقيقة انما هو عليها (فيه) انه حينئذ ينبغي الجواز على العمل الخاص ايضا فان الشان فيه كالشان في الاعيان فانه يمكن ان يكون معنى الاستيفاء أعم من ان يكون مثلا او قيمة كما نبه عليه في مجمع البرهان فليلحظ ذلك وليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط كون الدين خاليا عن رهن بل تجوز الزيادة في الرهن بدين واحد وكذا تجوز زيادة الدين على مرهون واحد ﴾ قد تقدم الكلام في المسئلتين بما لا مزيد عليه عند شرح قوله في الفصل الثالث ولو أجاز الرهانة الثانية فهي كونه فسخا لرهنه الى آخره ﴿ الفصل الخامس في القبض ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس شرط على رأي ﴾ لابد من تحرير محل النزاع فقد اضطرب فيه كلام القوم ففي (الخلاف والغنية والسرائر والمختلف والتنقيح والمهذب البارع وايضاح النافع والروضة والمسالك) وعدة مواضع من التذكرة والتحرير ان الكلام في اللزوم وعدمه وفي (المقنعة والمراسم والنهاية والمبسوط في المقام و باب بيع الخيار وفقه القرآن للراوندي والوسيلة ومجمع البيان وجوامع الجامع والشرائع والنافع وجامع الشرائع وكشف الرموز والارشاد والكتاب والايضاح في موضعين منه وغاية المراد والدروس والمقتصر وكنز العرفان وجامع المقاصد وآيات الاردبيلي والمفاتيح) أن الكلام في الصحة وعدمها تصريحا في أكثرها وظهورا في الباقي وهو أيضا ظاهر كل ما أطلق فيه الاشتراط لانصرافه الى اشتراط الصحة وهو مقتضى الادلة اذ سوقها واتحادها على القولين يقضي بأن الكلام في الصحة وعدمها حتى من القائلين بأن محل النزاع اللزوم وعدمه كما ستعرف ويمكن الجمع بأحد أمور ثلاثة (أحدها) أن تكون المذاهب ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في اللزوم لكن ظاهر الفريقين أن في المسئلة قولين لا غير بل صرح جماعة أن في اشتراط القبض قولين من دون تعرض للصحة ولا لزوم (الثاني) أن يؤول اللزوم بالصحة وهو وجيه جدا لكنه بعيد من جهة اللفظ ومن جهة ما فرعوا عليه من الاحكام لكن يقربه سوق الادلة واتحادها وقد يقال ان الصحة صحتان صحة بمعنى تمامية المقصود وصحة بمعنى قابليته للتمامية فمن عبر باللزوم أراد الاولى ومن عبر بالصحة أراد الثانية وفي كلام الشهيد في الدروس ما يرشد الى ذلك وذلك في الفرع الثالث وفي فرقه بين موت الراهن والمرتهن (الثالث) تأويل الصحة باللزوم وهذا أيضا يبعده الامران المذكوران وهو الذي اعتمده صاحب ايضاح النافع قال معنى الكلام أن الاقباض هل هو شرط في الصحة على معنى انه لو أوجب وقبل المرتهن لا يكون رهنا لازما ويكفي الايجاب والقبول ويكون الاقباض مؤكدا للزوم (وكيف) كان فما صرح فيه باشتراط القبض المقنعة والنهاية والمراسم والغنية وفقه الراوندي ومجمع البيان

وجوامع الجامع والوسيلة وجامع الشرائع والشرايع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد والتنقيح وآيات الاردبيلي والمفاتيح والهداية للحر والرياض وهو خيرة المبسوط في أول كلامه في بابي الرهن وبيع الخيار ثم قال في الاول والاولى أن نقول انه يلزم بالايجاب والقبول وفي الثاني انه أولى تارة وانه أحوط أخرى والاشتراط هو المحكي عن أبي علي والتقي والقاضي ولعله في غير الجواهر ومال اليه في كنز العرفان وفي (مجمع البرهان) انه أحوط وعليه الاكثر كما في حواشي الشهيد وكنز العرفان وآيات الاردبيلي والمفاتيح وفي (الرياض) انه أشهر وفي (التنقيح) أن الخبر الدال على الاشتراط انجبر بعمل الاصحاب وتلقوه بالقبول ونسبه في الايضاح في مسئلة ما اذا رهن المغصوب الى كثير من الاصحاب وقد حكى عليه الاجماع في مجمع البيان والغنية لكن الاول على الصحة والثاني على اللزوم لكنه ينزل على الصحة جزما لانه انما ادعى اجماع من تقدمه كأبي علي والمفيد والشيخ في النهاية وسلار والقاضي والطوسي صاحب الوسيلة والحلي (والحلبي خ ل) والراوندي وغيرهم وقد عرفت أن كلامهم نص صريح في الصحة كادلتهم التي هي الاصل والآية والرواية كما ستعرف وانه لا دليل على الصحة بدون القبض لانحصار أدلتها في المسئلة حينئذ في الاجماع الذي قطعنا بعدم تحققه وفي أدلة لزوم الوفاء بالعقود وهي بعد دعوى الاجماع على عدم اللزوم الذي هو معادها غير تامة فبذلك كله علم أن مراده من اللزوم الصحة وستسمع عبارة الغنية برمتها وليس في القائلين بالاشتراط من صرح بأنه للزوم (اللزوم خ ل) غير صاحب الغنية وقد حكاه أي الاشتراط البيضاوي عن جمهورهم الا مالكا وحكاه في التذكرة عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد في احدى الروايتين عنه وليعلم أن كلام الوسيلة صريح جدا فيما حكيناه عنه وله كلام آخر قد ينافيه والقول بعدم الاشتراط خيرة الخلاف والمبسوط كما سمعت في البابين والجواهر والسرائر والشرائع فيما حكي عنها والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وشرحه لولده والايضاح وتخليص التلخيص والمقتصر وغاية المرام وايضاح النافع وجامع المقاصد والميسية والمسالك والروضة والحدائق ومال اليه صاحب المهذب البارع والمقدس الاردبيلي وصاحب الكفاية وفي (السرائر) ذهب اليه الاكثرون والمحصلون وفي (كنز العرفان) أن عليه المحققين وفي (آيات الاردبيلي) بعد نقل ذلك عن الكثر أنه غير واضح (قلت) وهو كذلك لكن الامر بالنسبة الى المقداد قد يستسهل في الجملة لمكان ابن ادريس وابن طاوس والعلامة وولده لكن دعوى ابن ادريس يكذبها الوجدان وهو أعلم بما قال وهو مذهب أبي ثور ومالك وأحمد في احدى الروايتين عنه واقتصر في التبصرة على قوله وفي اشتراط الاقباض اشكال ثم انا رأينا في المبسوط جملة من فروع فرعها يأتي ذكرها تدل على انه ممن يختار لزوم الرهن بمجرد العقد لكنه صرح في مسئلة ما اذا خرس الراهن أنه لا يجوز للمرتهن قبضه وقد فهم منه في المختلف مخالفة هذا الفرع لتلك الفروع فمذهبه في المبسوط غير مستقر (احتج) المشترطون بالاصل والاجماعين المتقدمين وبالآية الشريفة والرواية التي رواها الشيخ في الموثق عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام لا رهن الا مقبوضا ورواها العياشي في تفسيره أيضا فيما حكي عن محمد بن عيسى عن أبي جعفر عليه السلام قال لا رهن الا مقبوضا وقد يستدل بأدلة أخر ردية كوجوب حفظ المال فتجب مقدمته وان الرهن كالقرض لكونهما شرعا للارفاق (أما الاصل) فيقرر بأصل عدم حصول ما يقتضي منع الراهن عن التصرف وأصل عدم اللزوم وعدم الصحة (وأما الاجماعان) فلا يضرهما وجود الخلاف كما قرر في محله قال في (الغنية) كون القبض شرطا في اللزوم هو الظاهر من المذهب الذي

عليه الاجماع واذ اتعين المخالف باسمه ونسبه لم يؤثر خلافه في دلالة الاجماع ولما ذكرنا استدل في المسئلة بالاجماع وان كان فيها خلاف من بعض أصحابنا انتهى (قلت) لم يتحقق الخلاف صريحا من الشيخ والقاضي لأنهما تارة وافقا وتارة خالفا والمخالف على البت ابن ادريس وهو معاصر لشيخه أبي المكارم السيد حمزة بن زهرة وأمين الدين أبي علي الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي فكانت دعواهما الاجماع في محلها (ومنه يعلم) حال ما قاله مولانا الاردبيلي من أن قوله في مجمع البيان ان لم يقبض لم ينعقد بالاجماع كأنه يريد الا كثر اولم يعتبر المخالف وهو بعيد اذ الشيخ في الخلاف وموضع من المبسوط والعلامة وابن ادريس ذهبوا الى عدم الاشتراط انتهى فالاجماعان دليلان سالمان عن المعارض والوهن بوجود المخالف وفيهما لولم يكن غيرهما بلاغ فكيف وقد اعتضدا بغيرهما (واما الآية) فهي قوله تعالى (فرهان مقبوضة) حيث انه سبحانه أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق الرهن المطلوب شرعا بدون القبض فلم نستدل على الاشتراط بدليل الخطاب بل بالاصل وذلك لان شرعية الرهن ولزومه تثبتا مع القبض ولم تثبتا مع عدمه او نقول انه سبحانه قيد الرهان بالمقبوضة فكان كالتراضي في التجارة والعدالة في الشهادة ومفهوم مثله حجة عرفا وعادة (وأما الخبران) فنفي الصحة فيهما اقرب من نفي الكمال الى نفي الحقيقة مع احتمال ارادة نفي الحقيقة بناء على كون القبض جزأ من مفهوم الرهانة كما قد أدعى دلالة الاخبار وكلام بعض اهل اللغة عليه كما ستسمع وعلى هذا فتكون مقبوضة في الاية صفة موضحة لا مخصصة وحجة القول الآخر الاصل اي اصل عدم الاشتراط والآية الشريفة من حيث ان القبض وصف للرهن فهو يتحقق بدونه والا لزم اللغو وانه لو كان شرطا كالايجاب والقبول لكان قوله تعالى مقبوضة تكرارا كما انه لايحسن فرهان مقبولة ثم ان الاية مسوقة للارشاد اجماعا حكاه في (مجمع البرهان) فالقيود ايضا كذلك الاترى ان السفر وعدم وجدان الكاتب غير شرط اجماعا فالقبض كذلك ولما كان الارشاد انما يتم بتمام التوثق وهو انما يحصل بالقبض التام فالظاهر حمل الآية عليه ليتم الغرض اذ بمجرد القبض ثم الدفع الى المالك لا يتم بل وجوده وعدمه سواء وانه يصدق الرهن بدون القبض ويتحقق عقده فيدخل تحت عموم قوله سبحانه اوفوا بالعقود وقولهم صلوات الله عليهم المؤمنون عند شروطهم هذا كله مضافا الى الاخبار المتواترة الدالة على جواز الرهانة من غير تقييد برهن مقبوض بل قال الاردبيلي انها لا تعد ولا تحصى وقد ذكر فيها احكام الرهن التي تترتب على المقبوض من غير ذكر القبض وعدمه ولو صح ماقالوا لوجب التفصيل والا لزم الاغراء بالجهل ولهذا حكمنا بان ترك الاستفصال دليل العموم ثم ان الخبر الذي استدل به المشهور ضعيف لضعف محمد بن قيس كما في التنقيح وغيره ولاشتراكه كما قاله بعض ومعلق كما في مجمع البرهان مع انهم تارة رووه عن الصادق عليه السلام واخرى عن الباقر عليه السلام وانت خبير بان ماذكر في ادلة المشهور يقطع الاصل ويخصص العمومات الآمرة بالوفاء واطلاقات هذه الاخبار التي لاتعد ولا تحصى مضافا الى عدم انصرافها الى غير المقبوض لعدم التبادر لندرة غير المقبوض جدا مع ان هناك قاعدة اصولية وهي ان انصراف الاطلاقات الى العمومات مشروط بعدم ورودها لبيان حكم آخر غير مايتعلق بنفسها وليست الاطلاقات هنا كذلك قطعا فلا عموم فيها اصلا مضافا الى انا اذا لحظنا الاخبار المتضمنة لها حصل لنا الظن القوي جدا بتلازم الرهن والقبض بحيث كادت تدل على انه جزء من مفهومه كما نبه عليه بعض اهل اللغة كصاحب القاموس وغيره كما بيناه في اول الباب ويشهد بذلك سوقها وسياقها

وهل له المطالبة به اشكال (متن)

وان اختلفت في الدلالة عليه ظهورا وخفاء فالحظ اخبار الباب جميعها وهي تقرب من سبعين خبرا فانها ترد بك على القطع بما ذكرنا وان قلنا انه حقيقة شرعية كما احتملنا ذلك في اول الباب تم الاستدلال وارتفع الاشكال فتأمل وعلى هذا فتكون مقبوضة في الاية الشريفة صفة موضحة كما اشرنا اليه آنفا وان كان الاصل فيها التخصيص وسوقها للارشاد لا ينافي كون بعض قيودها شرطا كالعدالة في الشهادة وقد سيقت آيتها للارشاد ايضا واما حديث ضعف الحديث وتعليقه فمن ضعف التأمل لان طريق الشيخ الى الحسن بن محمد بن سماعة قوي معتبر وهو احمد بن عبدون عن ابي طالب الانباري عن حميد بن زياد عن الحسن بن سماعه وقد رواه عن صفوان (وقد رواه صفوان خ ل) عن عاصم ابن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام وقد قرر في محله ان محمدا هنا هو البجلي الثقة لمكان عاصم فكان الخبر موثقا سلمنا لكنه معتضد بخبر العياشي والاجماعات منجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل الاصحاب كما سمعته عن التنقيح اذ قد عرفت ان العامل به جميع المتقدمين وجماعة من اعاظم المتاخرين كالمحقق وابن عمه وتلميذه الابي والشهيد وغيرهم واما ابن ادريس فهو وان كان من المتقدمين لكنه خالف جريا على اصوله من عدم العمل باخبار الاحاد والموجود في التهذيب والوافي والوسائل والمختلف والايضاح وغاية المرام والمهذب البارع وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية والهداية للحر روايته عن ابي جعفر عليه السلام (نعم) رواه في التذكرة والتنقيح والمسالك عن الصادق عليه السلام وهو من سهو القلم قطعاً فلم يبق للقوم ما يستندا اليه ولا بعد اليوم اشكال يعرج عليه (وليعلم) انه لا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن اجماعا فلو طالت المدة بعد العقد ثم قبض الرهن صح وان اطلاق الشرطية على القبض بطريق المجاز فان الشرط خارج مقدم على المشروط في الوجود وهنا لا يعتبر تقدمه اجماعا معلوما ومنقولا فكونه جزء السبب انسب لكن هذا الاطلاق شايع عند الفقهاء في هذا الباب وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل له المطالبة به اشكال ﴾ قد عرفت ان الاحتمالات والاقوال ثلاثة عدم اشتراط القبض بوجه واشتراطه في الصحة واشتراطه في اللزوم فقط فعلى الاول بمعنى انه يلزم بالعقد من دون قبض لا يجب على الراهن الاقباض لكن لا يجوز له الرجوع بعد العقد فلا يشكل لو شرط في عقد لازم ولا يجب عليه التسليم والاقباض بل انما يجب عليه ايقاع عقد الرهن وعدم الخروج عن مقتضاه الا ان يصرح بالقبض او يدل عليه قرينة (والحاصل) ان فائدة الرهن الاستيثاق بعدم تصرف المالك فيه وقد حصل وان لم يكن قد قبضه وما شرط عليه الا الرهن اللازم وقد فعل وما يجب عليه غيره وظاهر الكتاب وصريح الايضاح والمسالك ان اللزوم لا كلام فيه وانما الاشكال في الاقباض وانت قد عرفت ان لا اشكال وان كان فهو ضعيف جدا لكن الشيخ في المبسوط قال اذا جن الراهن او اغمي عليه أو رجع قبل القبض قبض المرتهن لان العقد أوجب القبض وقد عرفت انه قال فيه ان الاولى ان يقال أن الرهن يلزم بالايجاب والقبول واما على الثاني فان لم يكن مشروطا في عقد لازم فلا وجه لثبوت المطالبة به بمجرد ايقاع العقد اذ لم يثبت حق الى الآن كما نبه عليه في الايضاح وحواشي الشهيد وجامع المقاصد واما اذا اشترط الرهانة في عقد لازم فالظاهر انه لابد من الاقباض وعدم الخروج عن مقتضاه كما هو ظاهر حواشي الشهيد وجامع

وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه (متن)

المقاصـد وصريح مجمع البرهان والكفاية واما على الثالث فيجئ الاشكال كما في حواشي الشهيد وجامع المقاصد ومجمع البرهان حيث جعلوا اشكال الكتاب مبنيا عليه من اصالة العدم وانتفاء المقتضي اذا العقد لا يقتضيه ولا سبب غيره وكذلك الحال فيما اذا كان مشروطا في عقد لازم لانه حصل الشرط الذي هو الرهن بمجرد العقد فلا يكلف بالاقباض بل لو رجع لكان له ذلك لعدم اشتراط اللزوم عليه وانما شرط عليه محض العقد الصحيح وقد اتى به ومن ظاهر قوله تعالى مقبوضة فانه سبحانه ارشد الى ان كمال التوثق لا يتحقق بدونه وحيث استحق اصل التوثق كان له المطالبة بالقبض الذي امر الله سبحانه به (وفيه) ان الارشاد الى التوثق بالقبض لا يدل على ان ذلك مستحق للمرتهن على الراهن بمجرد العقد ان لم يكن مشروطا في لازم فليتأمل وسيأتي للمصنف ان الراهن لا يجبر على الاقباض وبذلك صرح جماعة وهو جزم من المصنف بعد التردد لان الاشكال في ان له المطالبة يقتضي التوقف في عدم الاجبار فانه متى استحق المطالبة اتجه ان يجبر الراهن عليه لانه حينئذ حق واجب عليه ويظهر من الشهيد ان الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وان قلنا بكونه شرطا في اللزوم (وتنقيح المسئلة) على هذا الوجه انه ان لم يكن مشروطا في لازم لا يلزمه الاقباض قطعا وان كان مشروطا فهناك امران وجوب الاقباض وعدم جواز الرجوع والظاهر انه لا يلزمه الاقباض الا بالقرينة ولا يجوز له الرجوع لان الغرض ليس ايقاع الصيغة فقط بل الاستيثاق واستيفاء الحق وذلك انما يتم اذا لم يكن له الرجوع فكان في اشتراطه في العقد دلالة صريحة على ان المراد رهن لازم مقبوض فلا يحتاج الى قرينة اخرى وان ضمها كان اولى فلا اشكال على هذا الوجه ايضا وبذلك يندفع اشكال المسالك حال يشكل فيما لو شرط في عقد لازم فان ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح فينبغي ان يتحقق الوفاء بالشرط دون القبض وان لم يلزم وحينئذ فللراهن فسخه بعد ذلك لجوازه من طرفه فلا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه فينبغي التقييد برهن مقبوض ونحوه وانت قد عرفت ان ليس للراهن فسخه اذ هو لازم وليس جائزا من طرفه ومعنى المطالبة في كلام المصنف انه يستحقها وتجب اجابته كما عرفت آنفا وهو الظاهر الذي يعطيه كلام الايضاح وغيره وليس معناها ان له ان يطالب وان لم تجب اجابته لانه لا مانع من ذلك الا ان تقول ان الكلام في استحقاقها وهو حكم شرعي لا بد له من مقتض والعقد لا يقتضيها الا ان تقول ان الاية الشريفة ارشدته الى ان له تحصيل كمال التوثق وقد يكون ذلك ملحوظا في ضمن الاشكال وليس هو الاول فليتأمل جيدا ويقرب في الشبه بما نحن فيه ما اذا دبر امرا جائزا كالتدبير والوصية ثم دبرا واوصى فهل يجوز له الرجوع فيه

﴿ قوله ﴾ ﴿ وقيل يشترط فيجب اذن الراهن فيه ﴾ ظاهره كما هو المحقق الثاني فيما يظهر من فحوى كلامه اختصاص الحكم بالقول بالاشتراط (وقد يقال) انه يشترط فيه اذن المالك سواء قلنا بلزومه من غير قبض او صحته كذلك ولا سيما ان احتاج الى التصرف في ماله لعموم عدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب نفس منه الا ان يستحق القبض بوجه من الوجوه الشرعية اللازمة عليه من غير اشتراط اذنه وجزم في (الكفاية) بوجوب اذن الراهن ان قلنا بعدم اشتراط القبض في اللزوم قال وان قلنا باشتراطه في اللزوم دون الصحة فاشكال وقد دقق النظر لكن الظاهر ما قلناه واما ان قلنا بعدم الصحة الا بالقبض

(متن) ولو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغمي عليه أو مات قبله بطل

فلا بد من اذن الراهن كما صرح به جميع من قال به أي بالاشتراط المذكور كالراوندي وصاحب الوسيلة وصاحب جامع الشرائع ومن تأخر عنهم ممن تعرض له كما ستعرف اللهم الا أن يكون قد لزمه الرهن الشرعي بوجه شرعي لازم مثل ما اذا شرطه في عقد لازم كما في الوسيلة أو بنذر أو شبهه فالظاهر عدم الاشتراط لانه لازم عليه شرعا من غير توقف على أمر آخر فيجب عليه التسليم ويجوز الاخذ من غير اذنه للزومه عليه وعدم جواز الامتناع له فلا أثر للاذن اذ ليس له المنع نعم ان احتاج الى التصرف احتاج الى الاذن كما نبه على ذلك في مجمع البرهان وقد يقال لمكان العموم المشار اليه بالاحتياج الى الاذن أيضا على تأمل ﴿قوله﴾ ﴿فلو قبض من دونه أو أذن ثم رجع قبله أو جن أو أغمي عليه أو مات قبله بطل﴾ كما في (الدروس واللمعة) ومعناه بطلان الرهن وعدم انعقاده كما نبه على ذلك في الشرائع بقوله لم ينعقد لان القبض جزء السبب فهو بدون اذن الراهن غير مستحق اذ لم تحصل الرهانة الى الآن فهو ظلم وعدوان وما هذا شأنه كيف يكون معتبرا في السبب المشروط بالتراضي هذا في الاولين وأما في الثلاثة الاخيرة فالامر واضح ولما فهم صاحب المسالك ان النزاع انما هو في اللزوم وعدمه تكلف ما تكلف في تأويل عبارة الشرائع واللمعة فحمل قوله في الشرائع لم ينعقد على أن المراد لم ينعقد القبض ثم أشكل عليه ذلك فيما اذا جن أو مات أو أغمي عليه اذ لا قبض هناك فحمله على عدم انعقاد اللزوم ثم أخذ عليه بأنه من بيان الواضحات وانه كان الواجب عليه أي المحقق بيان أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز ومن شأن الجائز بطلانه عند عروض هذه الاشياء وبه قطع في القواعد والدروس أولا يبطل بذلك لانه ليس على حد العقود الجائزة مطلقا بل هو آيل الى اللزوم كبيع الخيار وبه قطع في التذكرة انتهى كلامه في المسالك ونحوه ما في الروضة وفيه وهم من وجوه (وتنقيح المسئلة) أن يقال ان القائل بأن القبض ليس شرطا بل الرهن لازم بدونه قال بأن الرهن لا يبطل بالموت أو الاغماء أو الجنون كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والجواهر والتحرير وقوله فيه أي التحرير عندنا لم يرد به الاجماع قطعا وهذه هي الفروع التي أشرنا اليها فيما سلف عن المبسوط لكنه خالفها فيما اذا خرس فقال لم يجز للمرتهن قبضه ومن قال انه شرط في الصحة قال بالبطلان بعروض أحد الثلاثة كالمحقق والشهيد وكذا المصنف بناء على القيل وهو قضية كلام الراوندي والطوسي صاحب الوسيلة ويحيى بن سعيد في الجامع وغيرهم ومن قال بأنه شرط في اللزوم كالمصنف في التذكرة وغيره يلزمه أن يقول بالبطلان أيضا بعروض أحد الثلاثة كما هو الشأن في العقود الجائزة كالوكالة والقراض وغيرهما اذا عرضت لها أحد الثلاثة لكن المصنف في التذكرة فرق بين الموت وبين الاغماء والجنون على القول بأنه شرط في اللزوم فتردد في الاول ولم يرجح وانما نقل أقاويل العامة ولم يفرق بين موت الراهن والمرتهن وحكم في الاخيرين بعدم البطلان لانه عقد يؤول الى اللزوم كالبيع الذي فيه الخيار (وفيه) مع انه لا قائل بالفصل بين الثلاثة في غير المقام بل وفي المقام غيره (١) ان لزومه على القول به مشروط بالقبض فقبله جائز مطلقا سواء قلنا انه كالعقد الجائز أو اللازم وكذلك كلام الشهيد في الدروس مضطرب فانه حكم بأنه اذا مات المرتهن

(١) أي غير العلامة في التذكرة (منه قدس سره)

ولا تشترط الاستدامة فلو استرجعه صح ويكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه (متن)

قبل القبض لم يبطل العقد وانتقل حق القبض الى وارثه لبقاء الدين فتبقى وثيقته بخلاف ما اذا مات الراهن فان حق الورثة تعلق بالرهن فلا استيثار لاحد به أي فيقع التعارض بين الحقين فيقع التنافي ولا منافاة عند موت المرتهن وهو من تخريجات العامة ذكره في التذكرة في تخريجات أصحاب الشافعي وقد عرفت الحال في التركة اذا كان على الميت دين في أول الباب بما لم يوجد في كتاب وكيف يصح منه ذلك وهو ممن يذهب الى أن القبض شرط في الصحة كالهبة ففرقه بين الموتين غير صحيح وان تأولنا الصحة بكل تأويل من تمامية أو قابلية ومما ذكر في المقام وسابقه يعلم الحال فيما اذا شرطه في عقد لازم ومات قبل عقد الرهن وبعده قبل الاقباض ﴿قوله﴾ ﴿ ولا تشترط الاستدامة ﴾ قد سالم الناس على ذلك على اختلاف آرائهم في القبض وبه طفحت عباراتهم وقد حكى الاجماع على ذلك في (الغنية والتذكرة وغاية المرام والمسالك والروضة والمفاتيح) وهو ظاهر كشف الحق حيث نسبه فيه الى الامامية وجامع المقاصد حيث قال لا نشترط على شيء من القولين عندنا واستدل عليه في الخلاف بأخبار الفرقة ولم نجدها والذي يحكيه كما يرويه وقد يستفاد ذلك تحتسم من أخبار باب منفعة الرهن وعلته ولعله اراد العمومات واستدل عليه فيه ايضا وفي (الغنية والتذكرة) بقوله صلى الله عليه وسلم الرهن محلوب ومركوب قال وقد اجمعنا على انه لا يحل ذلك للمرتهن فدل على ان ذلك الراهن ومثله ما في (التذكرة) ونحوه قال في الغنية (قلت) معنى هذا الخبر رواه الصدوق في الفقيه الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر يشرب وعلى الذي يشرب الدر نفقته ونحوه ما روي في (الكافي والتهذيب) وقد وهم المقدس الاردبيلي من ظاهر التذكرة في مسئلة منع المرتهن عن التصرف ان القائل بالاشتراط يقول بالاستدامة (قلت) قال في التذكرة في المسئلة المذكورة فان جعلنا القبض شرطا وكان لازما استحق المرتهن ادامة اليد ولا تزال يده الا للانتفاع على خلاف وقد أشار بذلك الى خلاف أبي حنيفة ومالك وأحمد حيث قالوا استدامة القبض شرط مستدلين بادلة واهية ﴿قوله﴾ ﴿فلو استرجعه صح﴾ هذا فرع عدم اشتراطها ﴿قوله﴾ ﴿ ويكفي الاستصحاب فلو كان في يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض ولا مضي زمان يمكن فيه ﴾ اذا شرطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن بولاية أو مضاربة أو استيام أو عارية أو وديعة أو اجارة لتحقق تمامية السبب لان استدامة القبض قبض حقيقة فيصدق عليه انه رهن مقبوض ولا دليل على كون القبض واقعا مبتدأ بعد الرهانة فيكتفى بالسابق والمقارن ولا يحتاج الى تجديد قبض ومضي زمان وهو في القبض المأذون فيه شرعا كما أشرنا اليه بالامثلة خيرة الشرائع والتذكرة في موضعين منها واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وفي (المسالك) انه واضح وقد يستشهد له بقولهم بصحة الصرف اذا كان أحد العوضين في ذمة البايع وفي (المبسوط والخلاف) اذا كان له في يد رجل مال وديعة أو عارية أو اجارة أو غصبا فجعله رهنا عنده بدين له كان الرهن صحيحا ويكون ذلك قبضا اذا أذن له الراهن في قبض غير الرهن قال في (الخلاف) واذا لم يأذن لم يكن على كونه قبضا دليل ونحوهما (ونحوه خ ل) ما في جامع الشرائع وقال في (المبسوط

في مسئلة ما اذا أذن له وجن ثم القبض وقد قيل انه لا يصح الا بعد أن يأتي عليه زمان يمكن قبضه فيه وقد حكى عن الشيخ في الدروس انه حكم بأنه لابد من مضي زمان يمكن فيه القبض ولعله فهم ان الاذن في القبض وهو قوله اقبض يلزمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل لكنك قد سمعت كلامه في المبسوط فليتأمل ولم يرجح في الدروس شيأ وفي (جامع المقاصد) ربما قيل باشتراط مضي زمان وفي (المسالك) ربما قيل باشتراطهما أي الاذن ومضي الزمان في المقبوض صحيحا (قلت) ونحن لم نظفر باشتراط مضي الزمان الا للشافعي الا أن يكون القائل باشتراط الزمان قائلا بالاذن وهو بعيد جدا (وقد قيل) في توجيه هذا القول أعني اعتبار مضي الزمان ان الامر بالقبض دل على اعتبار القبض بالفعل مطابقة وعلى اعتبار مضي زمان اما بالالتزام أو بالاقتضاء واذا تعذر المعنى المطابقي لامتناع تحصيل الحاصل بقي المعنى الآخر وضعفه ظاهر لان الزمان المدلول عليه ما كان من توابع القبض وقد قلنا ان القبض المقارن كاف في الامتثال فلا معنى لاعتبار مضي الزمان بعده نعم لو كان تأخره عن العقد معتبرا وجب اعتبار مضي الزمان وأقصى ما يوجه به قول الشيخ كما أشار هو اليه ان المعتبر من القبض ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم الا بالاذن كالمبتدأ وضعفه أيضا ظاهر لانا نمنع اعتبار المقيد بالبعدية بل الاعم وهو حاصل كما عرفت وان قلنا ان الاذن يستلزم مضي زمان قلنا في توجيه كلام الشيخ ان المعتبر منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم الا باذن كالمبتدأ والاذن فيه يستدعي تحصله ومن ضرورياته مضي زمان فهو دال عليه بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام الى آخر ما ذكر في توجيه القول باعتبار الزمان وضعفه يعرف مما ذكر في تضعيفه وقد لا يكون هناك الا قول واحد فيكون القائل باشتراط الزمان قائلا باشتراط الاذن على بعد كما ان القائل بالاذن يلزمه الزمان فتأمل وقد يكون الاقوال ثلاثة (وليعلم) ان القائل باشتراط الزمان يقول انه معتبر من حين العقد والقائل باشتراط الاذن يقول ان الزمان حينئذ معتبر من وقت الاذن (وليعلم) انه في الخلاف نفى الخلاف عن صحة الرهن فيما ذكر وهو قضية كلام الخلاف والتذكرة وغاية المرام لانه ادعى الاجماع فيها على صحة رهن المغصوب عند الغاصب فالصحة فيما نحن فيه أولى فكان النزاع انما هو فيما سمعته من اشتراط الاذن والزمان ولكن يبقى الكلام في معنى الصحة التي ادعى عليها الاجماع فعند القائلين بأنه شرط في الصحة يكون معناها القابلية وعند القائلين بأنه شرط في اللزوم يكون معناها التامية وهذا ان كان أحد من الاولين قائلا باشتراط شيء مما ذكر هذا كله في القبض المأذون فيه شرعا كما عرفت ولو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب والمشتري فاسدا فالقولان جاريان فيه وقد يوجد التفصيل بين الغصب وغيره ففي الغصب لابد من الاذن ومضي الزمان وفي غيره لا يشترط شيء من ذلك كما هو قضية كلام المصنف في التذكرة وقد يكون بعض من قال بأنه لا يشترط شيء في بعض المأذون فيه قائلا باشتراط أحد أمرين في غير المأذون فيه وكيف كان فقد أطلق الاكثر الاكتفاء به كما في المسالك والكفاية والحدائق لما تقدم من الدليل اذ يصدق على الرهن انه مقبوض فقد وجد شرط الصحة وقد عرفت ان الشيخ قال لابد من الاذن وقطع في التذكرة باشتراط الاذن ومضي زمان يمكن فيه تحديد القبض في خصوص المغصوب كما عرفت واستوجهه في (المسالك والروضة) في مطلق المقبوض بدون اذن ووجهه ما ذكرنا فيما سلف من أنه على تقدير اعتبار القبض في الصحة أو اللزوم لكن لا يعتد به بالمنهي عنه مطلقا ولو كان مطلقه كافيا لكفى في القبض المبتدأ بغير اذن

ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ويحتمل الضمان لان الابتداء أضعف من الاستدامة ويمكن اجتماعه مع الرهن كما لو تعدى المرتهن فيه فلان لا يرفع ابتداء الرهن دون الضمان أولى (متن)

فعلى هذا يحتاج الى الاذن في القبض بقوله اقبض ومن لوازمه مضي زمان يمكن وقوعه فيه فلا بد بعد الاذن من أقل ما يمكن فيه وصول المرتهن اليه دون القبض لانه تحصيل الحاصل (وفيه) ان النهي قد زال بالعقد المتضمن للاذن واذا انتفت العلة انتفى المعلول والنهي معلول لعدم الاذن والمثال لا اذن فيه صريحا ولا ضمنا ويأتي في رهن الغائب ماله نفع في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع من المستودع دخل في ضمانه بمجرد البيع ﴾ هذا استطراد وحاصله أن القبض المقارن للعقد لما كان كافيا في صحة الرهن لكونه معتبرا وجب الاكتفاء به في القبض المعتبر في البيع فيتحقق بمقارنته للعقد دخول المبيع في ضمان المستودع لو كان هو المشتري والمستودع في العبارة بفتح الدال مبنيا للمفعول ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب زوال الضمان بالعقد لو كان غصبا ﴾ قد عرفت فيما تقدم انه يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب وان الاجماع محكي عليه في الخلاف والتذكرة وان الخلاف منفي عنه في غاية المرام وانهم قد اختلفوا في أن قبضه هل يتحقق بمجرد العقد اذ لا بد فيه من اذن جديد ومضي زمان وان المصنف والمحقق وجماعة اكتفوا بالقبض السابق والخلاف هنا انما وقع فيما اذا اكتفينا بالقبض السابق كما اختاره المصنف والجماعة كما فهمه المحقق الثاني والشهيد الثاني والصيمري من عبارة الكتاب والشرائع أما لو قلنا بافتقار الرهن الى قبض جديد كما هو خيرة الشيخ وغيره وخيرة التذكرة في المغصوب ففي (المسالك) أنه لا شبهة في أنه قبله مضمون لانه مقبوض قبله بالغصب أي قبل الاذن وهو كذلك وأما اذا جدد له المالك الاذن في القبض على القول بافتقاره اليه فيمكن جريان الخلاف فيه أيضا لقيام الاحتمالين فيه كما في المسالك وان كان الاقوى هنا زوال الضمان لان اذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه اياه ثم دفعه اليه لأنه حينئذ كوكيله وفي (جامع المقاصد) انه موضع اشكال وصريح جامع الشرائع والتحرير وظاهر التذكرة والايضاح أو صريحهما وظاهر الدروس أن المسئلة مفروضة في هذا أعني الاخير بل هو ظاهر الخلاف أيضا بل والمبسوط وقد يلوح ذلك من مجمع البرهان لكن ظاهر عبارة الكتاب ينافي ذلك لمكان قوله بمجرد العقد اذ ظاهره انه مبني على ما اختاره سابقا من أن القبض الجديد ليس شرطا في الرهن ان قلنا بأن القبض شرط في الصحة كما بيناه ونحوها عبارة الشرائع وغيرها فمحل النزاع في كلامهم غير محرر وتحريره أن يقال ان القائل بأن القبض غير شرط في صحة الرهن فينعقد بدون القبض يلزمه القول بالضمان لانه باق في يده بالقبض الاول فلا يزول الضمان نعم يتأتى النزاع من هؤلاء فيما اذا أذن له في القبض وأما القائل بأن القبض شرط في صحة الرهن وانه اذا كان في يد المرتهن ولو بالغصب لا يحتاج الى اذن وقبض جديد فانه يتجه منهم النزاع في المقام مع الاذن وبدونها فان كان أحد من القائلين بأن القبض شرط في الصحة قال بأنه لا بد في المغصوب من قبض واذن جديد فلا شبهة عنده في بقاء الضمان ما لم يحصل أحدهما ولكن لا قائل منهم بذلك (وليعلم) ان الشهيد في حواشي الكتاب قال ان مراد المصنف في كل هذه الصور بأن الضمان هل يزول بمجرد العقد أم لا أما لو

أقبضهم اوأذن لهم في ابقاء اليد واستدامتهافان الضمان يزول بلا خلاف انتهى وهذا يخالف ماصرحوا به ويمكن الجمع بالفرق بين الاذن في القبض والاذن في البقاء والاستدامة فليتأمل في ذلك (وكيف) كان فالمصرح فيه ببقاء الضمان وعدم زواله الخلاف والمبسوط والشرائع والارشاد والدروس وحواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو المحكي عن ابن المتوج وفي (المختلف) ان فيه قوة وكأنه مال اليه أو قال به في التذكرة واستشكل في التحرير ولم يرجح في الايضاح واستقرب المصنف هنا زواله أي الضمان وهو خيرة جامع الشرائع ومجمع البرهان حيث جعله أوضح فهذه أقوالهم على اختلافهم في محل النزاع والموافق للشيخ من العامة الشافعي ومالك وأبو ثور والموافق للمصنف هنا أبو حنيفة والمزني وأحمد (احتج) الشيخ في الخلاف بكلام حاصله يرجع الى الاستصحاب ولم يحصل مايزيله لان الحاصل وهو الرهن المقبوض يجامع الضمان كما لو تعدى المرتهن في الرهن فانه يصير مضمونا ضمان الغصب وهو رهن فاذا لم يكونا متنافيين استمر الضمان لعدم المعارض وبقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت حتى تؤدي (واحتج) له الباقون بأن ابتداء كل شيء أضعف من استدامته بناء على احتياج المبتدا الى المؤثر واستغناء الباقي عنه أو الخلاف في احتياجه فان المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه واذا كانت حالة الرهن القوية وهي استدامته لاتمنع حالة الضمان الضعيفة وهي ابتداؤه كما اذا طرأ التعدي على الرهن فلان لاتمنع حالة الرهن الضعيفة وهي ابتداؤه حالة الضمان القوية وهي استدامته فيما اذا طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى خصوصا وقد تقدم ان وجه الاكتفاء بالقبض السابق وان كان غصبا صدق قوله تعالى فرهان مقبوضة أعم من كونه مقبوضا أمانة وعدوانا وحينئذ فيبقى ضمان الغصب مستمرا الى أن يقبضه المالك ثم يرده اليه أو يسقط عنه ضمانه ان قلنا بصحته كما هو خيرة المبسوط وغيره وتأمل فيه المصنف والتهيد وغيرهما كما ستسمع لأنه ابراء مما لم يجب (وأجيب) عن الاول بأن الحكم المستصحب قدزال سببه وهو الغصب بالاذن أو بالرضا بالرهن وكونه عنده على اختلافهم في محل النزاع فيزول المسبب وهو الضمان ولهذا لايجب عليه حينئذ دفعه اليه وتصح عباداته المنافية للأداء في أول الوقت عند المنع منها وكون مجرد الاخذ طلما سبب للضمان دائما حتى بعد الرضا بكونه عنده أوالاذن غير معلوم (وقد تقول) في رد الاستصحاب ان عموم كل رهن لاضمان فيه اذا لم يتعد فيه قد قطع استصحاب الضمان لوروده عليه فان قلتم بتحقق الرهنية لزمكم القول بعدم الضمان وتحقق الملزوم بدون لازمه غير معقول كما ان الشك في جريان العموم هنا غير مقبول الا أن تقول ان كل استصحاب لابد وأن يعارض عموما فتثل هذا العموم لا يعارض الاستصحاب (واجيب) عن عدم التنافي بين الضمان والرهن كما في المثال المذكور وهو مااذا تعدى المرتهن بأنه اذا ضمن لعدوانه لالكونه غاصبا ونمنع عدم التنافي فان يد الغاصب عادية ويد المرتهن محقة ويد المرتهن يد أمانة ويد الغاصب يد ضمان وهما متنافيان وفيه نظر لأن المستدل لم يبن الامر على عدم التنافي بين الغصب والرهن حتى يقابل بما ذكر بل على عدم التنافي بين الرهن والضمان زال الغصب أولم يزل فينبغي في الرد أن يردد الامر معه فيقال له أتريد ذلك مع بقاء الغصب أم مع زواله فيجاب بما ذكر على تقدير ارادة الاول وبعدم بقاء اللازم المساوي أعني الضمان بدون ملزومه وهو الغصب على تقدير ارادة الثاني واحتمال بقاء المعلول هنا وان زالت علته غير مسموع لان الأصل انتفائه ولا يصار الى غيره الا بدليل كما في تحريم أم المعقود عليها وان ماتت فليتأمل (وأما الخبر) فهو غير

ولو أودع الغاصب أو آجره فالاقرب زوال الضمان (متن)

ناص الدلالة بحيث لايقبل التخصيص مع ان سنده غير ظاهر كما قال في مجمع البرهان (وفيه) ان شهرته تغني عن النظر في سنده نعم هو مخصص عند جماعة بما اذا أودعه عنده كما ستعرف وبما اذا باعه له عند الشيخ في المبسوط وابن سعيد في الجامع والمصنف في التحرير فانهما قطعا بزول الضمان وتحصل الثمرة في البيع فيما اذا باعه له وجعل الخيار له أي الغاصب فانه لو تلف على القول بعدم الزوال كان من مال الغاصب مقبوضا كان أو غير مقبوض ان قلنا يتحقق الغصب بدون قبض وعلى القول بالزوال مع البناء المذكور أعني تحقق الغصب بدون قبض يكون من مال البائع فانه لاخيار له فليلحظ ذلك (ويجاب) عن الثالث بأنه مبني على مناسبات اعتبارية لا يعرج عليها في اثبات الاحكام الشرعية ومما ذكر يعلم حجة القائل بالزوال والمسئلة محل اشكال والقول بالزوال لايخلو من قوة كما هو الشأن في الوديعة عنده والفرق بأن الائتمان فيها مقصود بالذات بخلاف الرهن فانه فيه تابع لايجدي فرقا يعتد به لان لازم الذات كالمقصود بالذات كما ستسمع ويأتي التحقيق ويضعف الاشكال فيما ضاهى الغاصب كالمد تام والمستعير ضامنا والمشتري فاسدا لان الامر فيهم اخف من الغاصب لاستناداليد فيهم الى رضى المالك ولا اثم عليهم كما في التذكرة وقد نص في المبسوط والشرائع على عدم زوال الضمان في المشتري فاسدا وتمام الكلام عند تعرض المصنف لذلك (اذا عرفت هذا) فقول المصنف ويحتمل الضمان لان الابتداء أضعف من الاستدامة الى آخره يحتمل أن يكون ساقه سندا لمنع التنافي المدعى في وجه القرب كأن يقال لانسلم أن الرهن ينافي الضمان لان الرهن قد يكون أمانة وقد يكون مضمونا فيجتمعان وحيث كان الابتداء أضعف من الاستدامة بناء على أن الباقي مستغن عن المؤثر كان دوام الرهن أقوى من ابتدائه بالتقريب الذي عرفته آنفا فيكون سندا للمنع بأبلغ الوجهين اذ يكفي أن يقال لانسلم التنافي لامكان اجتماعهما في صورة التعدي ويحتمل أن يكون ساقه دليلا برأسه على الاحتمال الذي هو مذهب الشيخ ﴿قوله﴾ ﴿ولو أودع الغاصب أو آجره فالاقرب زوال الضمان﴾ كما في (الايضاح وغاية المرام) وهو قضية مختار جامع الشرائع ومجمع البرهان لما عرفت من أنهما ذهبا الى زوال الضمان في رهان الغاصب بل قد يكون ذلك قضية كلام المبسوط والخلاف والدروس حيث لم يتعرض فيها الالضمان الغاصب الرهن ونص على زواله في الايداع دون الاجارة في التذكرة وجامع المقاصد وعن ابن المتوج أن الضمان يزول عن الودعي والمستأجر لانهما لمصلحة المالك والحاصل كأن الزوال في الايداع ليس محل خلاف لأن الاستئمان في الايداع استئمان محض والمقصود منه بالذات الاستنابة في الحفظ فالمالك قد جعله نائبا عنه في الحفظ واثبات اليد وأما الاستيجار فالقائل بسقوط الضمان فيه يقول انه أمانة وقد صرفه فيه وسلطه على منافعه وملكه اياها وانه لمصلحة المالك أيضا فيزول الضمان والقائل ببقائه يقول ان يده وان كانت في الاصل يد أمانة الا أن الضمان قد يجامع يد المستأجر اذا تعدى وليست يد نيابة عن المالك في الحفظ كالمستودع وانما هي يد استيفاء المنفعة فهي لمصلحة المستأجر فوجب أن يبقى الضمان معها الى أن تتحقق التأدية الى المالك بنفسه أو وكيله كما دل عليه الحديث ولم يتعرض المصنف لما اذا ضارب به بالمال المغصوب وقد قرب في باب المضار بة زوال الضمان وهو خيرة جامع الشرائع والتذكرة واختير في (المبسوط والمهذب والشرائع والارشاد

وفي العارية والتوكيل بالبيع والاعتاق نظر ولو ابرأ الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فاشكال منشؤه الابراء مما لم يجب ووجود سبب وجوبه لأن الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب انه لا يبرأ ولا تصير يده امانة (متن)

وشرحه لولده وجامع المقاصد والروض والمسالك) بقائه ﴿قوله﴾ ﴿وفي العارية والتوكيل بالبيع أوالاعتاق نظر﴾ أقربه عدم الزوال كما في (حواشي الكتاب وغاية المرام وجامع المقاصد) وهو خيرة التذكرة والايضاح في التوكيل ولم يرجح في الايضاح شيأ في العارية ووجه الزوال فيهما أي العارية انه قد سلطه على منافعه كالاجارة وأنها أمانة ووجه البقاء اصالة بقاء الضمان وان العارية لاتنافي الضمان كما في بعض أقسامها ومع اشتراط الضمان مطلقا وحصول الفرق بين امساك المستأجر والمستعير فان امساك الاول بحق لازم وعقد مقابل بالعوض فصار قبضه كقبض المالك وامساك المستعير لنفسه بغير عوض ولا عقد لازم فامساكه ضعيف فلا يزول عنه الضمان مالم يسلمه الى المالك ووجه زوال الضمان في التوكيل في البيع أو العتق قبل البيع والتسليم الى البائع أو العتق ان الوكيل كالمستودع ويد الوكيل يد الموكل ووجه البقاء الاصل وما سبق في الرهن وحصول الفرق بينه وبين المستودع بثبوت الاجرة له مالم يتبرع فلا تكون يده كيده نعم لو كان وكله في اثبات اليد مع التوكيل في البيع وعدمه اتجه زوال الضمان ولم يتعرض المصنف لما اذا باعه من الغاصب بيعا صحيحا أو فاسدا ﴿قوله﴾ ﴿ولو أبرأ الغاصب عن ضمان الغصب والمال في يده فاشكال منشائه الابراء مما لا يجب ووجود سبب وجوبه لان الغصب سبب وجوب القيمة عند التلف والاقرب انه لايبرأ ولا تصير يده يد أمانة﴾ ماقربه من أنه لايبرأ خيرة جامع الشرائع على الظاهر والايضاح وحواشي الكتاب للشهيد وغاية المرام وجامع المقاصد) وحكاه في (المبسوط) قولا عن بعض الناس وهو الموافق للقواعد لان العين مادامت موجودة لايتعلق بالذمة منها شيء سوى وجوب ردها على الفور وضمانها عند التلف فاذا أبرأه تعلق الابراء بالامر الاول ولا يسقط الضمان حينئذ بزعم أنه أثر وجوب الرد على الفور فاذا سقط سقط لانه ليس أثره وانما هو أثر يد العدوان والابراء انما يسقط به الحق الثابت في الذمة لا كون اليد يد عدوان ونحوه وانما يزول عدوان اليد بأن تصير أمانة ولادخل للابراء في ذلك مادام وصف العدوان ثابتا فتأمل (فان قلت) فعلى هذا يتجه ماقاله في (التذكرة) من أنه يؤكد ماتقدم من انتفاء البراءة مع عقود الامانات لانها أدون من التصريح بالابراء فاذا لم تحصل البراءة هنا فتلك العقود أولى (قلت) المقتضي للزوال هناك ان قلنا به كون الرهن ونحوه أمانة وهو سبب غير الابراء ولا يمتنع امكان أحد السببين وامتناع الآخر واختار الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع والمصنف في التحرير سقوط الضمان به أي الابراء وما ذكره المصنف في توجيهه ففي (جامع المقاصد) انه لامحصل له لان وجود سبب وجوب الشيء لايقتضي صحة تعلق الابراء بذلك الشيء الذي لاتحقق له فلهذا كان الاقرب انه لايبرأ بذلك ولا تصير يده يد أمانة وانما يبرأ بالرد اليه أو يستنيبه في الحفظ عنه فهو في الثاني باعتبار كونه غاصبا مؤد وباعتبار كونه وكيلا في اثبات اليد عن المالك أخذ وقد يكون المصنف أراد بوجود سبب وجوبه ان الضمان سبب عن التعدي ومعنى الضمان جعل ذمة الودعي متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال على تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني ولذلك يحكمون عليه بالضمان

اما المستعير المفرط او المشترط عليه الضمان أو القابض بالسوم او الشراء الفاسد فالاقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم اخف من ضمان الغاصب ولا يجبر الراهن على الاقباض فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه نعم لو كان شرطا في بيع فللبائع الخيار (متن)

بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا واذا فعل كذا ضمن مع أن لزوم البدل لم يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله بالبراءة وتمام الكلام في باب الوديعة فانا أسبغناه هناك ولم يرجح المصنف في التذكرة ولا الشهيد في الدروس شيئا من القولين ولم يتعرض له في المسالك مع ذكره في الشرائع ويبقى الكلام فيما اذا أبرأ المالك المستعير المفرط والمشروط عليه الضمان والمستودع المتعدي والقابض بالسوم والشراء الفاسد اذ سيأتي ان ضمانهم أخف من ضمان الغاصب وذلك لايجدي لكن في وديعة المبسوط والخلاف والتذكرة والشرائع والتحرير وجامع المقاصد ان المالك لو أبرأ المستودع برأ من الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما المستعير المفرط أو المشروط عليه الضمان أو القابض بالسوم أو بالشراء الفاسد فالاقرب زوال الضمان عنهم بالارتهان لان ضمانهم أخف من ضمان الغاصب ﴾ هذا احتمله في (التذكرة) ومراده انه قد سبق ان ضمان الغاصب يزول بالارتهان فهذا أولى لان ضمانهم أخف لان لوازمه أقل وقلة اللوازم الضمانية مشعرة بالضعف أما الكبرى فظاهرة وأما الصغرى فلانهم أقل اثما أو لا اثم عليهم ولانهم يضمنون بالقيمة على المشهور بخلاف الغاصب فانه يضمن بالأعلى على المشهور كما في (جامع المقاصد) وقد ذكرنا في محله ان المشهور خلافه ولانهم عند بعضهم لايضمنون المنافع بخلاف الغاصب وأما انه اذا كان الضمان أخف يسقط بالارتهان فلانه مقتضاه لان مقتضاه عدم الضمان فلا يزول الا بمانع أقوى ولما منع الحكم في الاصل في جامع المقاصد انتفى عنده ثبوته في الفرع كما صرح به وفي (حواشي الكتاب) يشكل بعد تسليم الاخفية بعدم صلاحيتها لعدم المعارضة فان الاخف والاثقل يشتركان في مطلق الضمان المنافي للرهن المبين فاذا صلح أحدهما للمنافاة صلح الآخر هذا كلامه (وحاصله) انا نستند في بقاء الضمان الى وجود سببه لا الى خصوصية السبب فلا فرق بين الامرين وفصل في (الايضاح) فقوى زوال الضمان بالتفريط بالاقباض بالرهن وفي المقبوض بالسوم والبيع الفاسد قال وأما العارية المقتضية للضمان فيبقى فيها مادامت باقية انتهى فليلحظ قوله بالاقباض بالرهن وجزم في (التحرير) ببقاء الضمان في العارية المضمونة واستشكل في المقبوض بالشراء الفاسد (ونحن نقول) ان القائلين بعدم شرط القبض في صحة الرهن يلزمهم القول ببقاء الضمان الا أن يصدر منه أذن بالقبض له فيجيء الخلاف (وأما القائلون) بانه شرط ويكتفون بهذا القبض كالمصنف المختار في الامرين فالظاهر سقوطه لما عرفت آنفا وليس الارهان كالابراء كما عرفت أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر الراهن على الاقباض ﴾ قد فصلنا الحال عند شرح قوله وهل له المطالبة به اشكال وبينا هناك ان المصنف هنا عدل عن التردد الى الحزم وقلنا انه ان كان غير مشروط لايلزمه الاقباض ان قلنا ان القبض شرط في اللزوم وان كان مشروطا لايجوز له الرجوع ولا يلزمه الاقباض وبينا الحال فيه أي الاقباض على الاحتمالين أو القولين الاخيرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو رهن ولم يسلم لم يجبر عليه ﴾ هذا توضيح وتوطئة وتمهيد لقوله نعم لو كان شرطا وليس تفريعا اذ هو عين مافرع عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم لو كان شرطا في بيع فللبائع الخيار ﴾ ظاهر كلامه قرينة ماسبق في باب شروط البيع من أنه اذا شرط العتق لايجبر عليه انه

وكيفيتـه كما تقدم (متن)

اذا شرط الرهن في بيع مثلا فللبايع الخيار وانه لايجبر المشتري على الاقباض كما هو خيرة التذكرة والمختلف والدروس وهو المحكي عن أبي علي لكنه انما يتم على القول بان القبض شرط في الصحة وأما على القول بأنه ليس بشرط والقول بأنه شرط في اللزوم فلا الا أن ينزل على العلم بأن ليس قصد المشترط ايقاع الصيغة فقط بل انما قصده استيفاء الحق منه على تقدير عدم حصوله وذلك انما يتم بالقبض واللزوم فكان اشتراطه في اللازم قرينة ظاهرة على ارادة القبض كما أشرنا الى ذلك كله فيما سلف واستدل عليه في (المختلف) بأنه شرط في عقد البيع الرهن الصحيح وانما يصح باختيار الراهن فلا يجبر عليه فان امتنع لم يسلم للبائع ما اشترطه فكان له خيار الفسخ (وفيه) ان مقتضى العقد اللازم وجوب الوفاء وان الاخلال بالشرط يقتضي المعصية لقوله عليه السلام الا من عصى الله وما كان لاخلال به معصية ففعله واجب والحق الواجب للآدمي يجبر عليه عقدا كان أو قبضا سلمنا انه لايصح الاجبار على العقد فما بال القبض لا يصح الاجبار عليه بناء على القول بأن القبض شرط في اللزوم أو ليس بشرط أصلا اذ ليس هناك الا اشتراط القبض فالاصح ان له الاجبار كما هو خيرة الشيخ والمصنف في آخر هذا البحث حيث قال نعم لو اشترطه وجب والمحقق الثاني والشهيد الثاني في المقام وخيرة جماعة كثيرين في كل شرط شرط في عقد لازم كما بينا ذلك في باب النقد والنسيئة وباب شرائط البيع وباب القرض وغير ذلك بل قد حكى على ذلك الاجماع في (الغنية والسرائر) نعم ينبغي أن يكون له الخيار بمجرد الامتناع للاتفاق على ثبوت الخيار بالامتناع وفقد الدليل على اعتبار تعذر الاجبار كما ذكر ذلك في جامع المقاصد وهو خلاف ما في المسالك لانه بعد أن اختار فيه الاجبار جعل له الخيار عند تعذره أي الاجبار ولعل ذكر البايع في العبارة للتمثيل لا للتخصيص اذا المشتري المشترط كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكيفيته كما تقدم ﴾ كما في (التذكرة والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك) وقد تقدم للمصنف ان التخليـة مطلقا وفيما لا ينقل ولا يحول كالاراضي والابنية والاشجار والنقل في المنقول والكيل اوالوزن فيما يكال أو يوزن وقد بين الحال في ذلك بما لم يوجد في كتاب وفي (جامع المقاصـد والمسالك) القبض هنا كالقبض في البيع لجميع ماتقدم هناك آت هنا (قلت) قد حكى الشهيد في حواشيه عن القاضي انه قال لايكفي التخلية في المنقول هنا ولو قلنا بان لا كتفاء بها في البيع لان البيع يوجب استحقاق القبض فيكفي التمكين منه وههنا لا استحقاق بل القبض سبب في الاستحقاق وحكاه في (التذكرة) عن بعض الشافعيـة وسكت عنه وفيه نظر لعدم ظهور الملازمة وكذلك الفرق بان القبض لما كان جزء سبب هنا على القول باعتباره لان هذا البحث ساقط على القول بعدم اشتراط القبض وجب فيه الاخذ والنقل لانتفاء المسمى بدونه ولما كان المقصود به في البيع زوال الضمان عن البايع وانتفاء سلطنة حبسه اياه اكتفى بما يزول معه السلطنة وهو رفع اليد والتخلية لانه لايتم ايضا لان انقطاع سلطنـة البايع والدخول في ضمان المشتري يحتاج الى تحقيق مسمى القبض كذا قال في جامع المقاصـد (والجواب) الرافع للاشكال ان القبض معنى واحد والمعتبر فيه العرف وهو متحد في البابين وما ذكره القاضي يقتضي الفرق في حكمه لا في حقيقته كما بيناه في باب الهبة (وقد يقال) ان القبض والتسليم المتحقق الذي يجب على البايع والغاصب والراهن المشروط عليه ذلك ليس هو النقل الذي هو من فعل الآخر ولا وضع اليد والقبض بها لان ذلك فعل

وانما يصح القبض من كامل التصرف وتجزي (وتجري خ ل)فيه النيابة كالعقد لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن وهل له استنابة عبد الراهن ومستولدته اشكال ينشأ من أن أيديهم يده (متن)

المشتري ونحوه مما ذكرنا ولا معنى لايجابه على الغير لان الظاهر انه لايجب على البايع او الراهن مثلا ان يأخذ بيد المشتري او المرتهن ويضعها على المبيع ويلزمه بحمله ونقله ولا ان يكيل ان باعه مكيلا بحضوره وعلمه بل لا يجب عليه عقلا وعرفا الا التخلية بان يرفع يده عنه ويأذن له في القبض ويرفع الموانع عنه بحيث يسهل على المشتري ونحوه قبضه بسرعةعرفا فيسقط بذلك الضمان عن البايع والغاصب ويكون الراهن قد وفى بشرطه ويدل على ذلك انهم صرحوا انه لو ادنى المبيع وقربه منه ومكنه فلم يأخذه المشتري انه لاضمان على البايع وصرحوا بان الغاصب اذا وضع المغصوب عند المالك بحيث يسهل عليه تناوله بسرعة انه يبرأ من ضمانه وكذلك الحال في المواريث وسائر الاموال المشتركة بعد قسمتها وتمكين صاحبها منها ورفع المانع عنها بل قيل في باب الاجارة ان ذلك جار في الديون وليس كذلك لعدم التشخيص كما بينا ذلك كله في باب البيع هذا كله في القبض المستحق واما غيره كالرهن الغير المشروط على القول بشرطية القبض في صحته فانه لما لم يتعلق حقه به ولا سلطان له قد تقول فيه ان التخلية حينئذ غير كافيه فليلحظ ذلك وليتأمل فيه (وقد يقال) ان قضية حكم المصنف فيما يأتي قريبا بعدم جواز استنابة الراهن في القبض لعدم تحقق الاستيثاق ان لا يكتفى في غير المنقول بالتخلية اذ ليس الاستيثاق فيها باعظم من قبض الراهن اذا وكله فتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وانما يصح من كامل التصرف ﴾ وهو الحر المكلف الرشيد غير المحجور عليه لسفه او فلس لان فعل غيره لا يعتد به شرعا فلا يكون مكملا للسبب الشرعي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتجري فيه النيابة كالعقد ﴾ هو بالزاء المعجمة كما في اكثر النسخ وفي (جامع المقاصد) ان معناه حقيقة العبادات وفي غيرها مجاز (قلت) ورد في المعاملات في كلامهم صلوات الله عليهم قالوا يجزي من البول ان يغسله بمثله ويجزيك من الاستنجاء ثلاثة احجار وكذا في كلام الفقهاء رضي الله عنهم وان ابيت الا انه مجاز فهو كثير شايع واجزاؤها فيه مما لا ريب فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن لا يجوز للمرتهن استنابة الراهن ﴾ هذا كما في (الايضاح والحواشي والتذكرة) عن الشافعي مبني على انه لايجوز للواحد تولي طرفي التمشي وساه في جامع المقاصد على انه لا يحصل به معنى الاستيثاق وكيف كان فالاقرب الجواز كما في (التذكرة والتحرير والدروس والحواشي وجامع المقاصد) لانه يجوز للواحد تولي طرفي العقد والقبض لكن لا بد من مضي زمان بعد الرهن يمكن فيه القبض ويضعف ما في جامع المقاصد بما ذكر فيه من انه ان اريد به الدوام فهو غير معتبر اصلا او مسماه وهذا مع انه لا يحصل به كمال معنى الاستيثاق يصدق في قبض الراهن عن المرتهن لانه بالوكالة عنه تصير يده يده فيكون مقبضا لكونه راهنا وقابضا لكونه وكيل المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل له استنابة عبد الراهن ومستولدته اشكال من ان يدهم يده ﴾ هذا وجه عدم الجواز ووجه الجواز ان توكيله ليس توكيلا لمولاه وله اهلية التوكيل باذن المولى فليست يده يد مولاه فيما ينوب الغير فيه فلا يلزم من توكيله تولي طرفي القبض بخلاف المولى وكانه حاول ادراج القن والقنة والمدبر بقوله عبد الراهن فلذلك اتى بضمير الجمع فكانت العبارة شاملة لأقسام المملوك

ويستنيب مكاتبه وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والاصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال وان لم يزل فلا كالوطئ من دون احبال والتزويج والاجارة والتدبير ولو انقلب خمرا قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف مالو انقلب خمرا بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس (متن)

والجواز صريح الدروس والحواشي وجامع المقاصد وقضية كلام التذكرة والتحرير وكأنه قال به في الايضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستنيب مكاتبه ﴾ لانقطاع سلطنة المولى عنه سواء كانت الكتابة مطلقة او مشروطة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكل تصرف يزيل الملك قبل القبض فهو رجوع كالبيع والعتق والأصداق والرهن من آخر مع القبض والكتابة ويلحق به الاحبال ﴾ لو تصرف الراهن في الرهن قبل الاقباض بهبة او بيع اوعتق او وقف او جعله صداقا او رهنه من آخر مع القبض او جعله مال اجارة او كاتبه فعلى القول بلزوم الرهن بمجرد العقد تكون التصرفات موقوفة على اجازة المرتهن فان اجازها صحة والا بطلت الا في العتق على رأي كما سلف وعلى القول بان القبض شرط في الصحة يكون ذلك رجوعا عن الرهن فيبطل الرهن لانه اخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه اوفعل ما يدل على قصد ذلك وكلها صحيحة نافذة ولا فرق في ذلك بين ان يكون قد قبض المبيع والموهوب ام لا كما في التذكرة (واما الرهن) فاذا لم يقبضه فلا حكم له لكونه شرطا وفي (الدروس) انه تخيير في اقباض ايهما شاء وهو كذلك وظاهر (التذكرة) انه مبطل كما في صورة الاقباض وفي عد الرهن في العبارة في التصرف المزيل للملك مسامحة ووجهها انه اذا افاد المنع من التصرف اشبه المزيل للملك في منع التصرف بالاقباض عن الرهن السابق فيبطل العقد السابق وما احسن قوله ويلحق به الاحبال فانه لايزيل الملك وانما يمنع التصرف المزيل عن الملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان لم يزل فلا كالوطئ من دون احبال والتزويج والاجارة والتدبير ﴾ اذ لا تعلق للوطئ المجرد والتزويج بمورد الرهن فان رهن الزوجة ابتداء جائز وظاهر التحرير الاجماع على التزويج وقال في (التذكرة) اما الاجارة فان قلنا ان رهن المؤجر جائز فهو كالتزويج والا فهو رجوع (قلت) هو عين مملوكة يصح قبضه للمرتهن باذن المستأجر ويمكن بيعه وبه قطع في الدروس واما التدبير فقد احتمل في التذكرة انه رجوع لتنافي غايته وغاية الرهن واشعاره بالرجوع وقواه في الدروس وقد بينا في الفصل الثاني في المحل انه لا تنافي بين الغايتين وانه يجوز رهن المدبر وتدبير المرهون ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انقلب خمرا قبل القبض فالاقرب الخروج ولو عاد افتقر الى تجديد عقد بخلاف ما لو انقلب خمرا بعد القبض فانه يخرج عن الرهن ثم يعود اليه عند العود خلا ولا يجوز اقباضه وهو خمر ولا يحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس ﴾ قد تقدم في الفرع الخامس من الفصل الثاني ما يعرف به حال هذه المباحث ومراده في المسئلة الاولى انه لو رهنه عصيرا اوخلا فانقلب خمرا قبل القبض بناء على اشتراطه بطل عقد الرهن الواقع قبل الانقلاب من دون القبض لان الاقرب خروج العصير بالخمرية عن ملك

ولو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو أو وكيله (متن)

الراهن فاذا عاد احتاج الى تجديد عقد وهذا هو المطلوب لان الغرض انه هل يعود بعوده خلا اوعصير ام لا اذ الخروج عن الرهنية حينئذ مما لاشبهة فيه كما ان الخروج عن ملك الراهن كذلك والمحقق الثاني فهم ان المراد من العبارة الاول اعني الخروج عن الرهنية دون الثاني اعني الخروج عن الملكية فاورد عليه انه لم يصر رهنا بعد فكيف يتصور خروجه عن ذلك وعدمه وعلى ما قررناه من ارادة الثاني وهو الذي فهمه الشهيد في حواشيه ونبه عليه في موضع من التذكرة يندفع الايراد المذكور وكلاهما معلومان متلازمان متبادران كفرسي رهان والمطلوب غيرهما كما عرفت فلا ترجيح بالتبادر وان الثاني من بيان الواضحات لتساويهما في الامرين معا وكيف كان فالبطلان والاحتياج الى تجديد عقد عند العود مذهب اعظم القائلين باشتراط القبض في الرهن بل لا نجد الآن من يقول بعدم البطلان ممن اشترط القبض كما في (جامع المقاصد) والمصنف في التحرير والشهيد الثاني في المسالك اسندا البطلان وعدم العود بزوال الخمرية الى القائلين باشتراط القبض وبه صرح في الايضاح والدروس والحواشي وموضع من التذكرة وحكاه في الاول عن الشيخ وابي الصلاح لان ما بقي وهو القبض جزء من اجزاء السبب فيشترط فيه شروط ابتداء السبب فكما لا يصح ابتداء على الخمر لا يصح القبض وهو خمر ولان الانقلاب خمرا مخرج عن الملك ومتى تخلل بين اجزاء السبب مبطل الملك بطل لخروج الجزء الحاصل عن الصلاحية بذلك وقد ناقش في جامع المقاصد في كلا الوجهين وكانها في غير محلها وجعلهما في الايضاح وجها واحدا وهذا الفرع ساقط عند من لا يشترط القبض قال في (التحرير) وعندنا يعود وفي (جامع المقاصد) هذا الفرع ساقط عندنا اذ لا يشترط القبض ونحوه ما في المسالك ولم يرجح في التذكرة (واما المسألة) الثانية فقد استوفينا الكلام فيها فيما سلف واما انه لايجوز له اقباضه وهو خمر فلان جزء السبب يعتبر فيه ما يعتبر في ابتدائه واما انه لايحرم الامساك ولا العلاج ولا النقل الى الشمس فالغرض به الرد على الشافعي فانه حرم الثلاثة وقال انما تحل اذا استحالت من نفسها حكاه عنه الشهيد وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية اقاويل واباطيل

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن الغائب لم يصر رهنا حتى يقبضه هو او وكيله ﴾ هذا الحكم مبني على اشتراط القبض في الرهن كما في (جامع المقاصد) وجعله في التحرير مفرعا على احد قولي الشيخ وهو اشتراط القبض ولذا قال فيه وفي (الشرائع) لم يصر رهنا حتى يحضر المرتهن عند الرهن ويقبضه هو او القائم مقامه وفي (جامع الشرائع) حتى يصل اليه وحمل في المسالك عبارة الشرائع على انه لا يصير رهنا لازما ولا حاجة الى ذلك لأن المحقق ممن يذهب الى اشتراط القبض ولما كان الشيخ في المبسوط ممن يذهب الى انه غير شرط قال لايصير مقبوضا حتى يصير اليه ولايصح القبض الا بان يحضر المرتهن فيقبض او يوكل في قبضه فيصح قبض الوكيل وقال في (جامع المقاصد) بعد ان بنى الحكم على اشتراط القبض كما سمعت لابد في حصول القبض من عود الغائب الى موضع الرهن ليتصور قبضه اياه عادة او توكيله في القبض لمن كان قريبا حيث يتمكن منه سواء في ذلك ما ينقل وغيره نص على ذلك الاصحاب وغيرهم وبه قال المصنف في التذكرة انتهى وانت قد سمعت كلام من تعرض لهذا الفرع من الاصحاب واما كلام المصنف في التذكرة فهو قوله ولو كان غائبا اعتبر زمان يمكن المصير فيه اليه ونقله وهل يعتبر مع ذلك

ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض ما لم يعلم كذبه فان ادعى المواطاة فله الاحلاف (متن)

نفس المصير اليه ومشاهدته له وجهان أحدهما نعم لتيقن حصوله ويثق به وأصحهما عندهم لا ويكتفى بأن الاصل بقاؤه واختلفوا في محل القولين منهم من جعله احتياطا مطلقا ومنهم من حمله على ما اذا كان المرهون مما يتردد في بقائه بأن يكون حيوانا غير مأمون الآفات أما اذا تيقنه فلا حاجة وعلى اشتراط الحضور والمشاهدة فهل يشترط النقل وجهان أحدهما نعم لان قبض المنقول به يحصل والثاني لا يشترط لان النقل انما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج ها انتهى ولم أجد له كلاما في المسئلة غير هذا والذي يقتضيه النظر أن الغائب اما أن يكون غائبا عن مجلس العقد أو عن بلده مما ينقل أو من غيره واما أن يكون أمانة عند المرتهن كما اذا كان وكيلا عليه في غير المنقول أولا فان كان غائبا عن مجلس العقد لا عن البلد وكان مما لا ينقل فالظاهر انه لا يحتاج الى مضي زمان فضلا عن المصير اليه للاصل وقضاء العرف ولا سيما اذا كان قريبا فحاله كالحاضر كما اذا تعاقدا على باب الدار أو البستان وهو خلاف ظاهر المصنف والجماعة وأما اذا كان غائبا عن بلد العقد أو كان فيها الا أنه بعيد عادة كما في البلدان الكبار فاشكال من صدق التخلية وكونه تحت يده وعدم امكان قبض جميعه وأقصى ما يفيد المصير اليه قبض بعضه كما اذا أوصى بالأراضي البعيدة أو وهبها فان القول بعدم حصول الملك في ذلك الا بعد الوصول اليها بعيد ومن ان الاصل العدم وحصول الشك لمكان البعد والاصل معارض بمثله فيبقى الكلام في صدق العرف وعدمه والظاهر العدم عند المصنف والجماعة وأما اذا كان بيد المرتهن غاصبا كان أو وكيلا عليه وهو غير منقول احتمل قويا جدا انه لا يحتاج الى تجديد قبض ولا مضي زمان وان كان غائبا عن بلد العقد واحتمل اعتبارهما وأما اذا كان غائبا عن مجلس العقد او عن البلد وكان مما ينقل فقد سمعت ماقالوه من انه لا بد من مصيره اليه وقبضه له من دون فرق بين الحيوان وغيره ولكنهم يفرقون بين أن يكون في بيته أو يد وكيله و بين أن لا يكون كذلك كما مر في رهن المقبوض وهذا عند من لا يكتفي في المنقول بالتخلية وقد تقدم في باب قبض المبيع ماله نفع تام في المقام ﴿قوله﴾ ﴿ويحكم على الراهن لو أقر بالاقباض مالم يعلم كذبه فان ادعى المواطاة فله الاحلاف﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والدروس واللمعة وغاية المرام والمسالك والروضة) وكذا جامع المقاصد (أما الاول) فلعموم اقرار العقلاء فيحكم عليه ولو كان في يده (وأما الثاني) كما اذا قال أرهنته اليوم داري بالحجاز وهما بالعراق وأقبضته اياه فلانه محال عادة بناء على اعتبار وصول القابض الى الرهن أو من يقوم مقامه في تحققه (وأما الثالث) وهو ما اذا ادعى بعد الاقرار بالقبض المواطاة على الاقرار والاشهاد عليه اقامة لرسم الوثيقة حذرا من تعذر ذلك اذا تأخر الى أن يتحقق القبض فلجريان العادة بذلك فتسمع دعواه فله احلاف المرتهن على عدمها وانه وقع موقعه هذا اذا شهد الشاهدان على اقراره أما لو شهدا على نفس الاقباض ومشاهدته لم تسمع دعوى الراهن انه لم يقبضه وكذا اذا شهدا على اقراره فأنكر الاقرار كما صرح بذلك في الاول في المبسوط والتذكرة والتحرير والروضة والدروس والكفاية وفي الثاني في الاربعة الاول والمسالك وكذا لو رجع أي الراهن عن الاقرار بالاقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه وحكم عليه به ولا تسمع دعواه بحيث يتوجه على المرتهن اليمين كما في الشرائع والتحرير والدروس والمسالك والروضة وكذا المبسوط في أول كلامه ثم انه قوى بعد ذلك السماع لجريان

ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظر أقربه ذلك للقبض وان تعدى في غير الرهن ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض (متن)

العادة بوقوع الشهادة في الوثايق قبل تحقق مافيها واستقربه في التذكرة ولو ادعى الغلط في اقراره وأظهر تأويلا ممكنا كأن قال اني أقبضته بالقول فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك أو قال استندت فيه الى ما كتبه وكيلي فظهر مزورا ونحو ذلك سمعت دعواه كما في (المبسوط والتذكرة والدروس والمسالك والروضة) لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة ومعنى سماع دعواه توجه اليمين على المرتهن لأن القبض حقيقي أو على نفي ما يدعيه الراهن لان الاصل صحة الاقرار ومطابقته للواقع وهل يقبل تأويله الممكن لو كان الاقرار في مجلس الحكم احتمالان أشبههما القبول ولا يفرق في ذلك كله بين أن يكون الرهن في يده أو يد المرتهن أو في يد غيرهما وكذا لا يفرق بين تلفه وعدمه كأن يقول تواطئنا على الاقرار ثم اخذه من دون اذن فتلف والمرتهن كالراهن فيما ذكر كما في المبسوط وهذه الاحكام جارية على القول بأن القبض شرط في الصحه أو اللزوم بل وعلى القول بعدم اشتراطه على بعض الوجوه ولذا ذكرها من عرفت على اختلاف آرائهم فلا باعث على قصرها أو قصر بعضها على القول باشتراطه في الصحة كما في ظاهر جامع المقاصد وأيضا قال المصنف في آخر البحث ان هذه كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض ولكنه قد ذكر فيها ماهو غير مختص باشتراط القبض كقوله ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه الى آخره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجوز تسليم المشاع الا باذن الشريك ﴾ ظاهره كما هو ظاهر اللمعة وصريح الشرائع والتحرير والدروس وغاية المرام أنه لا فرق بين ماينقل و بين مالا ينقل لاستلزامه التصرف في مال الشريك وهو منهي عنه بدون اذنه فلا يعتد به شرعا و يشكل فيما يكفي فيه مجردا لتخليه فانها لاتستدعي تصرفا بل رفع يد الراهن وتمكينه منه فلا حاجة فيه الى اذنه كما جزم به في المبسوط واستجوده في المسالك والكفاية والحدائق والرياض ولم يرجح في الروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو سلم بدونه ففي الاكتفاء به في الانعقاد نظرا قربه ذلك القبض وان تعدى في غير الرهن ﴾ هذا هو الاصح كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وكذا الحواشي والاجود كما في الروضة والاقوى كما في المسالك والاقرب كما في الكفاية لان النهي الذي توهم منه القول بعدم التمامية انما هو لحق الشريك خاصة للاذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعا وكونه قبضا واحدا لاينافي الحكم بالوقوع لاختلاف الجهة وظاهر جماعة كما حكي عن صريح الشهيد عدم تمامية القبض للنهي المانع كما لو وقع بدون اذن الراهن وهو خيرة الكتاب والايضاح وجامع المقاصد والمسالك في باب الهبة وقد نقلنا كلامهم في الباب هناك فقد ظهر وجها النظر والمراد بقول المصنف القبض حصول القبض المعتبر شرعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رضي الراهن والمرتهن بكونها في يد الشريك جاز ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) في موضعين منه والروضة وكذا غاية المرام ووجهه ظاهر والضمير في كونها يعود الى العين المشاعة ومثله شائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وناب عنه في القبض ﴾ معناه أن الشريك حينئذ ينوب عن المرتهن في القبض كما في التحرير (وفي جامع المقاصد) لكن لابد من اذن الراهن وفي (المسالك والروضة)

ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضا عن المرتهن ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجرة ثم قسمها والا استأمن من شاء ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الاقباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ولو كانا ساكنين في الرهن تخلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده (متن)

يعتبر سماع الشريك اذن الراهن في قبضه للرهن واذن المرتهن فيه وفي (جامع المقاصد) هل يكفي اذنه أي الراهن للشريك في القبض وللمرتهن فيه من دون أن يأذن للمرتهن في توكيل الشريك أم لا بد من ذلك فيه احتمال وفي الاكتفاء قوة لاستلزام الاذن في كل منهما في القبض الاذن للمرتهن في توكيل الشريك وبه جزم في المسالك نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما فيكون قبضا عن المرتهن ﴾ يريد أنه اذا أذن الراهن للمرتهن في القبض فنازعه الشريك فيه نصب الحاكم عدلا الى آخره وبه صرح في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير وغاية المرام وفي (حواشي الكتاب) ان هذا ضابط كلي مطرد في كل شريكين أو أكثر تنازعا في ملك ولم يمكن قسمته فان الحاكم ينزعه من الشركاء او يؤجره وهل يؤجره على بعض الشركاء الاقوى الجواز مع عدم الضرر وأما ما لا أجرة له كفص الياقوت والفيروزج وشبهه فان الحاكم ينتزعه من أيديهم ويجعله عند أمين الى أن يتفقا وقيدنا العبارة بالاذن والقبض لانه بدون الاول لا يعتد بمنازعته وبدون الثاني لم تفترق عن المسئلة الآتية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تنازع الشريك والمرتهن في امساكه انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجرة ثم قسمها والا استأمن من شاء ﴾ التنازع هنا في استدامة اليد بعد القبض اذا لم يتهايوا ولتكن مدة الاجارة لا تزيد عن محل الحق وأجله وبمضمون ما ذكر حكم في المبسوط وجامع الشرائع والتحرير والدروس وفي (جامع المقاصد) كانهما انما أفرد هذا بخصوصه لبعد تصور ثبوت الاجرة لزمان القبض لقصره بخلاف زمان الامساك (وفيه) أن قوله ان كان له أجرة يدفع ذلك ولا ريب في طول العبارة من دون نكتة ولو قال ولو تنازعا انتزعه الحاكم وأجره ان كان له أجرة والا نصب عدلا يكون في يده لهما لكان أخصر ومعنى قوله والا استأمن ان لم يكن له أجرة وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حجر عليه لفلس لم يكن له الاقباض لاشتماله على تخصيص بعض الغرماء ﴾ كما في (الدروس) وكذا التحرير على أحد قولي الشيخ باشتراط القبض اذ المفروض وقوع التحجير بعد العقد وقبل الاقباض فلو أقبض لم يعتد به والاقرب أن العبارة لا تبطل فلو أقبض بعد زوال الحجر كان ماضيا كما نص عليه في الدروس ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانا ساكنين في الرهن تخلى بينه وبينها صح القبض مع خروج الراهن ﴾ اذ لو لم يخرج لم يصح لثبوت يده على الرهن حينئذ وهو مناف للتخلية لكن لم يعرف المراد من صحة القبض هل هي الصحة في الجميع أو في البعض وان التخلية هل هي بعد خروج الراهن عنها أو قبل خروجه ولا ريب انها ان كانت بعد خروجه صح القبض وان كانت قبل خروجه فالمنقول في التذكرة أنه يصح في النصف وحكي عن الشافعي أنه يصح في الجميع وضمير بينها يعود الى الرهن بتأويل الدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اختلفا في القبض قدم قول من هو في يده ﴾ اذا اختلفا في القبض

ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك (متن)

فاما أن يعلم سبق الاذن أولا يعلم وعلى التقديرين اما أن يكون في يد أحدهما أولا يكون كأن يكون في يد ثالث وعلى التقادير اما أن يدعيه أي القبض المرتهن كما هو الغالب أو الراهن كما اذا كان مشروطا في لازم ومشروطا على المرتهن نفقته وحفظه وهو يريد الخلاص من ذلك فان علم سبق الاذن وكان في يد أحدهما فقد جزم في التذكرة بتقديم قول صاحب اليد واحتمله في التحرير والدروس عملا بالاصل لو كان في يد الراهن و بالظاهر لو كان في يد المرتهن لانها يد شرعية واقعة بالاذن وفي (جامع المقاصد) لو قيدت المسئلة بما اذا علم سبق الاذن فسد الكلام اذ لا معنى للتقديم ولا للنزاع بعد تحقيق اليد وسبق الاذن ولان المراد التقديم مع اليمين وهو غلط على هذا التقدير انتهى ووجهه انه مع سبق الاذن في الرهنية وحصول القبض لا يصح للمرتهن ان يقول هو وديعة لانه خلاف الفرض ويأتي حكمه وهو ما اذا اختلفا في انه رهن أو وديعة الا ان تقول انه يقول رجعت بعد الاذن فقبضته مني سرقة او غصبا وأنكر المرتهن الرجوع كما نبه عليه في التحرير قال فالقول قول المرتهن في قبضه باذنه لا بعد الرجوع انتهى وقد حقق المحقق المذكور ان الاصل بعد تحقق كون العين ملكا للراهن كون اليد الطارية يد عدوان واصل عدم الرجوع معارض به و باستصحاب بقاء التصرف الا ان تقول انه يرجع الى الاختلاف في الرجوع لا في القبض وهو خلاف الفرض سلمنا انه يستلزمه لكن الاصل والظاهر واصل صحة العقد قاضية بتقديم قول المرتهن حينئذ كما حكم به في التذكرة لاصل عدم الرجوع لكنا نقول لا غلط حينئذ ولا فساد الا ان تقول ان الكلام في احتمال تقديم قول الراهن حينئذ مع اليمين وفيه من الغلط والفساد ما لا يخفى وان احتمله كذلك المصنف في التحرير والشهيد في الدروس فليتأمل جيدا وأن لم يعلم سبق الاذن وكان في يد احدهما فان كان في يد الراهن وقت النزاع فالقول قوله مع يمينه كما في اصل الرهن لانه منكر والاصل معه وان كان في يد المرتهن فان قال غصبته مني او اجرته لغيرك فحصل في يدك فالقول قول الراهن ايضا مع يمينه لان الاصل عدم القبض وعدم الاذن فيه وعدم الرضا به و يحتمل في وجه بعيد ان القول قول المرتهن لدلالة اليد على الاستحقاق كما يستدل بها على الملك (وفيه) ان الاصل بعد تحقق كونه ملكا للراهن كون اليد الطارية يد عدوان كما عرفت وان ادعى قبضه من جهة اخرى مأذون فيها غير الرهن كأن قال او دعتك او اكريته من فلان فاكراه منك فوجهان احدهما ان القول قول المرتهن لانهما اتفقا على قبض مأذون فيه واراد الراهن ان يصرفه الى جهة اخرى والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوج الى القبض وبهذا يفترق عما اذا اختلفا في انه رهن او وديعة والثاني ان القول قول الراهن لان الاصل عدم اللزوم وعدم اذنه في القبض عن الرهن (ومما ذكر) يعرف الحال فيما اذا كان في يد ثالث وان كان المدعي القبض الراهن وانكره المرتهن بان قال اخذته غصبا أو عارية فقد يعطي اطلاق العبارة تقديم قوله مع يمينه وليس كذلك (فان قلت) اذا كان العقد جائزا من طرف المرتهن قبل قوله اذا انكر فعبارة المصنف متجهة فيه (قلت) فيه مع عدم الحاجة الى اليمين حينئذ أن العقد قد يكون لازما مشروطا في لازم كما عرفت فالظاهر عملا بالظاهر واصل الصحة تقديم قول الراهن وهذا الفرع غير مختص باشتراط القبض وقد تقول يجريان هذا التفصيل فيما اذا اختلف البيعان في القبض اذا كان للبايع حق الحبس فليلحظ ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ ولو اختلفا في الاذن احتمل ذلك ﴾ اي تقديم قول من هو في يده لان الاصل في اليد كونها شرعية

وتصديق الراهن مع اليمين ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع تخير البائع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببدل التالف ويكون الباقي رهنا بجميع الثمن ولا خيار لو تلف بعد القبض (متن)

بالاذن وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان ذلك في اليد التي لا يعلم ما ينافيها وأما اذا علم سبق استحقاق شخص آخر فالاصل عدم الاذن والاصل عدم كونها شرعية كما هو ظاهر (قلت) وهو خيرة الدروس ولم يرجح في الايضاح ونحن نقول الاختلاف في الاذن يقع على نحوين (الاول) ان يختلفا في نفس الاذن فيقول المرتهن اذنت لي في قبضه فيقول الراهن لم آذن وانما اخذته غصبا او سرقة هذا اذا كان في يد المرتهن واما اذا كان في يد الراهن فهو كأن يقول اذنت لي فقبضته رهنا وارجعته اليك وديعة فينكر الراهن الاذن بالكلية وفي هذين يقدم قول الراهن للاصل بجملة من معانيه (الثاني) ان يقع الاختلاف في افراد الاذن ولعله غير مراد المصنف وتصويره اذا كان في يد المرتهن ان يقول اذنت لي في قبضه رهنا ويقول الراهن اذنت لك في قبضه عارية بعد حصول العقد واذا كان في يد الراهن فهو كأن يقول اذنت لك في قبضه عارية ورددته الي ولم ارد انعقاد الرهن ويقول المرتهن اذنت لي في قبضه رهنا فقبضته واودعته عندك وحكمها يعرف مما تقدم ﴿قوله﴾ ﴿وتصديق الراهن مع اليمين﴾ اي احتمل تصديق الراهن مع يمينه اذا اختلفا في الاذن لان الاصل في طرفه وفي (جامع المقاصد) انه الاصح ﴿قوله﴾ ﴿ولو تلف بعض الرهن قبل القبض وكان الرهن شرطا في البيع تخير البايع بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببدل التالف ويكون الباقي رهنا بجميع الثمن﴾ تلف البعض اما ان يكون قبل قبضه فقط والبعض الآخر مقبوض او بعده والآخر غير مقبوض او قبل قبض الكل وهو الظاهر من كلام المصنف هنا وفي التحرير والشهيد في الدروس او بعد قبض الكل وقد يتلف الكل قبل القبض وعليها اما ان يكون مشروطا في لازم او غير مشروط فان كان مشروطا وقلنا ان القبض شرط فان كان التالف غير مقبوض وكان الآخر مقبوضا ثبت للبائع الخيار لفقد الرهن بكماله بين الفسخ والقبول للباقي وليس له المطالبة ببدل التالف لان الرهن لم يتم والاشتراط انما تعلق بالعين وقد تعذر بعضها بتلفه وليس للراهن خيار لمكان قبض البعض فتأمل وان كانا غير مقبوضين ثبت الخيار للراهن والبايع اما الراهن فلانه انما وقع الشرط عليهما معا وقد تلف احدهما فتبعضت الصفقة اذ لعله لا مصلحة له كما اذا وقع على الجارية وولدها مثلا فهو مخير بين اقباض الباقي وامساكه فان امتنع من قبضه ثبت للبائع الخيار واما البايع فلما تقدم واما لو تلف بعد قبضه والآخر غير مقبوض فيحتمل ان لا خيار للبايع لانه لو تلف كله حينئذ فلا خيار فاذا تلف بعضه فكذلك او اولى فيكون الباقي رهنا بجميع ماله ويحتمل ثبوت الخيار له لانه بعد لم يقبض البعض الآخر فتبعضت الصفقة وله ان يرضى برهنية الباقي ولا بدل عن التالف وان يفسخ من المبيع في مقابلة الباقي ويمضي في مقابلة التالف او يفسخ في الجميع وقال الشيخ فيما اذا رهن عبدين وسلم احدهما الى المرتهن فمات في يده وامتنع من تسليم الآخر لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لأن الخيار في فسخ البيع انما ثبت اذا رد الرهن ولا يمكنه رده لفواته والحق ثبوت الخيار كما ذكرنا وهل يثبت للراهن خيار الظاهر ثبوت ذلك له على الثاني من الاحتمال الثاني ومنه يعلم حال تلف الكل قبل القبض وحال تلف البعض بعد قبض الكل فانه

وكذا يتخير البائع لو تعيبت العين قبل القبض كانهدام الدار وهـذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض نعم لو شرطه وجب ﴿فروع الاول﴾ لو شرطا وضعه على يد غيرهما لزم ويشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله وهو الجائز التصرف وان كان كافرا أو فاسقا أو مكاتبا لكن يجمل لا صبيا ولا عبـدا الا باذن مولاه (متن)

لا خيار لتحقق حصول الشرط واليه اشار المصنف بقوله ولا خيار لو تلف بعـد القبض وبأدنى تأمل يعرف حال غير المشروط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا يتخير البائع لو تعيبت العين قبـل القبض كانهـدام الدار ﴾ لانه لا ينفسخ عقـد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وانقاضها باقية فيثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لانها تعيبت ونقصت قيمتها وتكون العرصة والانقاض رهنا بجميع الدين اذا لم يفسخ لان العقد ورد على مجموع الدار المشتملة على العرصة والانقاض من الاخشاب والاحجار ونحوهما وما دخل في العقـد استقر بالقبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهذه الفروع كلها ساقطة عندنا لعدم اشتراط القبض ﴾ قد عرفت ان جملة منها جارية على القولين ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم لو اشترطه وجب ﴾ قد اشرنا الى هذا عند شرح قوله نعم لو كان شرطا في بيع فللبائع الخيار وان هذا عدول عن ذلك واستوفينا الـكلام هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرطا وضعه على يد غيرهما لزم ﴾ وفي (المبسوط والخلاف والسرائر) اذا شرط الراهن وضعه على يد عدل صح شرطه وزاد في الاولين فاذا قبض العدل لزم وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرقة وجميع الفقهاء الا ابن ابي ليلى فانه قال لا يصح قبضه ونسبه في التذكرة الى علمائنا وجماعة من الفقهاء وفي (الشرائع) اذا شرط المرتهن وضعه على يد عدل معين لزم وفي (التحرير والدروس) يجوز اشتراط وضعه على يد عدل وفي (الارشاد) يجوز وضعه على يد اجنبي وقيده في مجمع البرهان برضاهما فقد تحصل انه يجوز ان يشترط المتراهنان وضع الرهن على يد ثالث سواء تعدد أو اتحد عملا بالاصل وبقوله صلى الله عليه وسلم المؤمنون عند شروطهم وللاجماع المذكور لانطباقه عليه ونسب الى علمائنا في التذكرة انه يكون وكيلا للمرتهن نائبا عنه في القبض والظاهر من الوضع الاستدامة والابتداء معا كما ستعرف ومن اللزوم في العبارة لزوم القبض ويحتمل لزوم الشرط والوضع ولا كلام في لزومه من طرف الراهن وكذلك المرتهن لان الراهن ما رهن الا على هـذا الشرط ولعله لمصلحة له في ذلك وينبه عليه ما يأتي في الفرع الثالث وفي (الخلاف) اذا عزل المرتهن العدل لم ينعزل وهل للراهن أن يستقل بالوضع من دون حضور المرتهن واذنه ام لا احتمالان اظهرهما ان له ذلك لانه وان تعلق حق المرتهن به لكنه على هذا الشرط فان دام عليه فذاك والا ارتفع حقه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويشترط كونه ممن يجوز توكيله ﴾ لانك قد عرفت انه وكيل كما سمعته عن التذكرة وهو ظاهر جماعة وصريح آخرين ومعناه انه يشترط في صحة القبض ولزومه كونه ممن يجوز توكيله فان قبض الصبي وعدمه سواء وكذلك العبد بدون اذن مولاه فلا يصح القبض ولا يلزم به الرهن اذا جعل الصبي وكيلا فيه ابتداء واستدامة معه فلو اشترطا استدامة قبضه في يد صبي مأمون رشيد بعد قبض المرتهن له كان وكيلا جعليا لا شرعيا وصح القبض والرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو الجائز التصرف وان كان كافرا او فاسقا او مكاتبا لكن يجمل لا صبيا ولا عبد الا باذن مولاه ﴾ ولا فرق في هذه بين الذكر والانثى وظاهر الاطلاق قد يعطي انه يجوز إئتمان الكافر وأيداعه المصحف والعبد

(الثاني) لو جعلاه على يد عدلين جاز وليس لاحدهما التفرد به ولا بعضه ولو سلمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع ففي استقراره على أيهما اشكال (متن)

المسلم وقدم الكلام في ذلك في باب البيع والرهن واعتبر في الجعل في حواشي الكتاب ان يكون اكثر من اجرة المثل او مساويا لها لا اقل ونحوه ما في جامع المقاصد والحق في التذكرة والدروس ولا يعتبر حينئذ اذن مولاه ولو اذن له المولى زال الحجر لان الحق دائر بينهما ﴿قوله﴾ ﴿ولو جعلاه على يد عدلين جاز﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿قوله﴾ ﴿وليس لاحدهما التفرد به﴾ كما في (المبسوط والشرائع والارشاد والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) هذا اذا شرطا عليهما الاجتماع او اطلقا عملا بظاهر الحال من ان اختيار الاثنين لعدم الاكتفاء بحفظ احدهما كأن يضعاه في بيت ويضع كل واحد منهما عليه قفلا واما اذا لم يمكن اجتماعهما على حراسته فانه ينفرد احدهما به باذن الآخر كما في مجمع البرهان وربما حكي عن بعض انه قال لا يسلم احدهما الا باذن الآخر وليس كذلك قطعا بل يجب التسليم فورا لان المال لهما وليس للآخر الا حفظه باذنهما فاذا أخذا مالهما لا يجوز لاحد منعهما اللهم الا أن يكون للاشهاد ونحوه ﴿قوله﴾ ﴿ولا بعضه﴾ لانه لا يجوز لهما أن يقتسماه وان كان مما يمكن قسمته من غير ضرر كما في (المبسوط والتحرير والتذكرة) خلافا لجماعة من العامة ﴿قوله﴾ ﴿ولو سلمه أحدهما الى الآخر ضمن النصف﴾ لانهما بمنزلة أمين واحد ولان الواجب عوض واحد وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان لان أحدهما متعد والآخر مفرط وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقسيط كما لو ترتبت أيدي الغاصبين على العين الواحدة ونمنع كونهما بمنزلة أمين واحد بل كل واحد أمين مستقل على الجميع غاية مافي الباب انه قد شرط عليه انضمام يده الى يد الآخر وحفظه الى حفظه ﴿قوله﴾ ﴿ويحتمل أن يضمن كل منهما الجميع﴾ هذا هو الاصح كما في (جامع المقاصد) والاجود كما في (المسالك) لان كلا منهما يجب عليه حفظه أجمع ولهذا لا يصح الاقسام وقد حصل منه سبب الضمان للجميع فيتخير المالك في تضمين من شاء منهما ﴿قوله﴾ ﴿ففي استقراره على أيهما اشكال﴾ الاشكال مبني على الاحتمال الاخير وهو ضمان كل منهما الجميع على طريق البدل وفي (الايضاح) ان الاصح انه يستقر الضمان على من ضمنه المالك ونحوه ما حكي عن ابن المتوج من أنه ان أتلفه أحدهما أو هما بغير الامساك ضمنه وان تلف بآفة من الله سبحانه (سماوية خ ل) أو أجنبي ولم يحصل منهما الا الامساك فالاقوى حينئذ الضمان على من ضمنه المالك وليس له الرجوع على الآخر وقال الشهيد في حواشيه ان المنقول استقرار الضمان على من تلف في يده وفي (جامع المقاصد) ان هذا هو المعروف في المذهب في أبواب الغصب وغيرها لانه اذا استوى شخصان في اثبات اليد عدوانا وفي العلم بذلك وانفرد أحدهما بوقوع التلف في يده كان قرار الضمان عليه واستجوده في المسالك وعلى هذا لا يبقى مجال للاشكال ووجه الاشكال على ما ذكره الشهيد والمحقق الثاني ينشأ من أن المسلم مضيع بتسليمه والمتسلم حافظ فقد عمل بمقتضى الاستئمان فيكون قرار الضمان على المسلم وضعفه في (جامع المقاصد) بانه لو تم لم يجز الرجوع عليه بشيء أصلا وليس كذلك بل يده يد عدوان لان الاذن لاحدهما في وضع اليد انما هو مع وضع يد الآخر ومن أن يد مثبت اليد المتسلم يد عاديه والآخر

(الثالث) ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة ولم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل جاز فان تغيرت حاله أجيب طالب النقل فان اتفقا على غيره والا وضعه الحاكم عند ثقة ولو اختلفا في التغير عمل الحاكم على مايظهر بعد البحث ولو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة أو الحفظ نقله الحاكم الى ثقة ولو مات العدل نقلاه الى من يتفقان عليه فان اختلفا نقله الحاكم ولو كان المرتهن اثنين فمات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ (متن)

مفرط تارك للحفظ ومتعد بالتسليم الى الثاني واليد العادية أقوى في الضمان من تارك الحفظ وهو أولى بالاستقرار مع التعارض فكان الاول أي مثبت اليد كالمباشر والثاني أي المسلم كالسبب لان الشارع ساواهما في سببية الضمان مع المباشرة والسببية للاتلاف والاول أقوى فيساوي الاقوى أي مباشر التلف مضافا الى أن الضمان واثبات اليد وجوديان وتارك الحفظ عدمي وسببية الوجودي للوجودى أقوى وأولى من سببية العدمي للضمان والى أن اليد العادية سبب سببية التضمين بالتسليم مع كونها علة تامة في التضمن فكانت أقوى وأولى في التضمين من التسليم هذا ماذكره في الايضاح في هذا الوجه مع زيادة ايضاح وحاصل مايعتد به منه ان المسلم مفرط والمتسلم متعدي والمتعدي أقوى (وفيه) أن كلا من التعدي والتفريط سبب مستقل في الضمان ولكل منهما يد على العين فاذا تلفت كان التلف مضمونا على كل منهما والمفروض ان التلف بآفة سماوية أو من أجنبي وان الممسك لم يباشر التلف بنفسه ولم يحصل منه الا الامساك وهذا الوجه ذكره الشهيد والمحقق بعبارة أخرى غير عبارة الايضاح والمراد واحد وقال الشهيد وذكر بعض ثالثا وهو ان كل من ضمنه المالك فقرار الضمان عليه فلا يرجع على الآخر لما عرفت من اشتراكهما في حصول سبب الضمان وقضية ذلك ان الاشكال في كلام المصنف دائر بين تضمين المسلم أو تعيين الضمان عليه أو بين تضمين المتسلم كذلك وان لا خيار للمالك وقضية كلام الايضاح ان الاشكال في تضمين المتسلم خاصة وفي تخيير المالك لان الوجه الاول الذي ذكرناه في توجيه استقرار الضمان على المسلم لم يذكره في الايضاح وانما ذكر مكانه في وجه عدم استقراره أي الضمان على مثبت اليد على الكل بتسليم الآخر له مايدل على الوجه الثالث الذي حكاه الشهيد الذي هو غير مايظهر من العبارة قال في (الايضاح) ان الوديعة لا تستعقب الضمان للمودع لان يد المستودع ليست عادية بالنسبة اليه ولا مضمونة له بغير العدوان كالغاصب من الغاصب فانه أزال تمكينه من الدفع الى المالك والمشتري العالم من الغاصب فانه انما أثبت يده بعوض للغاصب فقد جعلها مضمونة له ويده مساوية ليده لانها استنابة في الحفظ فضمان تلفها كضمان تلف يده فلا يضمن مثبت اليد للدافع اليه مع تضمين الدافع ولا بالعكس ولان كل واحد منهما سبب تام في التفريط والضمان من غير التفات الى الآخر فان المسلم بمجرد ترك حفظه يضمن سواء أثبت الآخر يده منفردة أولا واثبات الآخر يده منفردة سبب تام في التضمين سواء فرض كون الآخر مسلما أولا فلا يرجع أحدهما على الآخر فيستقر الضمان على من ضمنه المالك منهما ﴿قوله﴾ (الثالث ليس لاحدهما ولا للحاكم نقله عن العدل الذي اتفقا عليه مادام على العدالة مالم يحدث له عداوة ولو اتفقا على النقل

الرابع للعدل رده عليهما لا على أحدهما الا باتفاق الآخر أو الى من يتفقان عليه (متن)

جاز الى آخر الفرع ﴾ يد العدل يد أمانة وهو مقطوع بالحفظ فلو اتفقا على نقله من يده كان لهما ذلك لان الحق لهما وان اختلفا فيه فلا يجوز لاحدهما ولا للحاكم أن ينفرد بنقله واخراجه من يده لأنهما رضيا بأمانته ونيابته عنهما اللهم الا أن يخرج عن العدالة لان الفاسق غير موثوق على ما في يده كما نص على ذلك في المبسوط وغيره وكذا اذا حدث له عداوة مع أحدهما اذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل المترتب عليها ضرر أحدهما وبمجرد حصول العداوة لا يخرج عن العدالة مالم يفعل فعلا من مقتضيات العداوة يوجب الفسق فالظاهر ان المراد بالعداوة الدنيوية كما في الحواشي وجامع المقاصد وينقدح من هذا انه من أول الامر لا ينعقد الشرط مع العداوة ولا يسوغ للحاكم استئمان من كان عدوا لصاحب الانابة وممن صرح بأنه اذا حدثت عداوة بينه وبين الراهن أو المرتهن أجيب طالب النقل الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والتذكرة والشهيد في الدروس وغيرهما وكذلك الحال فيما اذا تغيرت حاله بمرض أو كبر أو نحو ذلك بحيث لا يقدر على حفظه وكل موضع وجب نقله فان اتفق الراهن والمرتهن على من ينقل اليه نقل لان الحق لهما وان اختلفا ودعى كل واحد الى غير الذي يدعو اليه الآخر فان الحاكم يجتهد في ذلك وينقله الى ثقة أمين نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وان اختلفا في التغير فادعى أحدهما انه تغير حاله وأنكر الآخر ذلك نظر الحاكم فان ثبت عنده تغير حاله نقل على النحو المذكور والا اقر في يده كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وكذلك ينقله الحاكم الى ثقة اذا كان في يد المرتهن وتغيرت حاله واختلف المرتهن والراهن فكل يريد نقله الى غير من أراده الآخر وأما مع تراضيهما على عدل فلا مدخل للحاكم وعبارة الكتاب هنا مطلقة وبالحكم المذكور صرح في المبسوط وغيره وكذلك الحال فيما اذا مات العدل الذي في يده الرهن فانهما ان اتفقا على نقله الى يد رجل عدلا كان أم فلا كلام وان اختلفا نقله الحاكم الى ثقة أمين وكذلك ينقله الحاكم الى ثقة ان كان في يد المرتهن ومات وصار الرهن في يد وارثه أو وصية ولم يرض الراهن بكونه في يد أحدهما كما في المبسوط ولو كان المرتهن اثنين ولم يأذن لكل منهما بالانفراد ذات أحدهما ضم الحاكم الى الآخر عدلا للحفظ وعبارة الكتاب مطلقة في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ الرابع للعدل رده عليهما لا على أحدهما الا باتفاق الاخر أو الى من يتفقان عليه ﴾ العدل لما كان أمينا متطوعا لا يلزمه المقام على الحفظ فاذا أراد رده رده عليهما كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس والكفاية) فان امتنعا أجبرهما الحاكم أو قبضه عنهما كما في المبسوط وبعض ماذكر ولا يجوز له الرد على أحدهما سواء كان قد امتنع الآخر أم لا فان دفعه الى أحدهما ضمنا كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وهو قضية كلام الباقين ويبقى الكلام في تصوير ضمان الراهن اذا كان هو القابض واستظهر في (مجمع البرهان) جواز تسليمه الى الراهن وقال ان الاستصحاب يقتضيه وكونه مالكا واحتمل حمل عبارة الارشاد حيث اقتضت عدم جواز تسليمه الى أحدهما على ما اذا كانا قد شرطا ذلك في الرهن والاستصحاب لا مجال له مع الارتهان وتسليمه الى الراهن تضييع لوثوق المرتهن أو لحقه اذ لا مهيج حينئذ للراهن على دفع الحق وقضية الارتهان أن يكون الرهن في يد المرتهن فلو احتمل هذا احتمل أنه يكون له وجه (واما) أن يسلمه الى من يتفقان

ويجب عليهما قبوله ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما للقبض من غير اذن ضمن فان اختفيا عنه سلمه الى الحاكم ولو كانا غائبين أو أحدهما لم يجز له تسليمه الى الحاكم ولا غيره من غير ضرورة فيضمن ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم او الى من يأذن له (متن)

عليه ولو كان المتفق عليه أحدهما فوجهه ظاهر أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيجب عليهما قبوله ﴾ كما في (التذكرة والتحرير) لانه لا يلزمه المقام على ذلك فان امتنعا أجبرا أو قبضه الحاكم أو نصب من يقبضه كما أشرنا اليه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين مع وجودهما وقبولهما القبض من غير اذن ضمن ﴾ اذا سلمه والحال كذلك الى الحاكم ضمن العدل والحاكم كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) وان سلمه كذلك الى الامين ضمنا أيضا والوجه فيهما واضح لانه لا يجوز للعدل أن يدفع الرهن الى غير المتراهنين مع حضورهما وامكان الايصال اليهما ولا يجوز للحاكم أن يقبضه حينئذ لانه انما تثبت له ولاية عليهما اذا امتنعا من قبضه وأما الامين الذي قبضه فأنه قبضه بغير حق فلزمه الضمان وكان الاولى للمصنف أن يقول ضمنا ولو قال ولو سلمه الى الحاكم أو الى أمين بأذنه مع وجودهما الى آخره لأغنى عن السطرين الذين في أول الفرع الخامس بل الاستغناء على هذه الحال أيضا ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختفيا عنه سلمه الى الحاكم ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس) وغيرها فينصب أمينا يقبضه منه لهما والمراد انهما اختفيا عنه عمدا لئلا يتسلماه منه مع طلبه منهما تسلمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانا غائبين أو أحدهما لم يجز تسليمه الى الحاكم ولا الى غيره من غير ضرورة ﴾ كما في (المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية) فيضمن حينئذ كما صرح في بعض هذه ولا يسلمه الى الحاكم والحاضر منهما حتى يكون الحاكم نائبا عن الغائب والحاضر قابضا عن نفسه ولا الى الحاضر فقط كما هو واضح وليس له قسمته واعطاء الحاضر نصفه بخلاف مالو أودع اثنان وديعة عند ثالث وغاب أحدهما وحضر وطالب فان الحاكم يقسم بينه و بين الغائب لانهما مالكان وفيما نحن فيه الملك لاحدهما وللآخر حق الوثيقة وذلك لا يمكن قسمته فاحلها وحينئذ فيجب على العدل الصبر الى أن يحضر أو يحضر الغائب اذ المفروض حصول الغيبة اتفاقا فلم يحصل تقصير والمراد بالضرورة العذر العرفي كسفر عزم عليه ونحوه كما صرح به جماعة (وقد يقال) ان الحاكم ولي الغائب كما هو مقرر في أبواب الفقه فللعدل دفعه اليه مع غيبتهما وان لم يكن له ضرورة كما أن له دفعه الى مالكه كذلك (ويجاب) بأن ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقا بل هي منوطة بالحاجة والمصلحة فتقدر بقدرها والشاهد على ذلك اطباقهم هنا على عدم جواز تسليمه اليه من غير عذر وفي (المسالك) أن من القواعد المقررة في بابها أن الودعي ليس له دفع الوديعة الى الحاكم مع امكان المالك ولا مع غيبته الا مع الضرورة وما نحن فيه من افراد تلك ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع اليه في الموضعين فليتأمل في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع الحاجة يسلمه الى الحاكم أو الى من يأذن له ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس ومجمع البرهان) وغيرها والحكم لا ريب ولا خلاف فيه هذا فيما اذا كانا غائبين كما هو المفروض وكذلك لو كان أحدهما حاضرا وامتنع والا سلمه اليه والى الحاكم لأنه نائب الغائب لمكان الضرورة كما هو المفروض

فان سلمه الى الثقة من غير اذن الحاكم ضمن ولو تعذر الحاكم وافتقر الى الايداع اودع من ثقة ولا ضمان (الخامس) لو لم يمتنعا من القبض فدفعه الى عدل بغير اذنهما ضمن ولو اذن له الحاكم ضمن ايضا لانتفاء ولايته عن غير الممتنع ويضمن القابض ايضا ولو امتنعا لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجه وتعذر الحاكم فان امتنع احدهما فدفعه الى الآخر ضمن والفرق ان العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه (السادس) لو امر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك وللراهن فسخ الوكالة الا ان تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سلمه الى الثقة من غير اذن الحاكم ضمن ﴾ أي مع الحاجة والقدرة على الحاكم كما جزم به في الارشاد وقربه في التذكرة لان الحاكم ولي الغائب وقال في (المبسوط) قيل فيه وجهان أحدهما يضمن والآخر لا يضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعذر الحاكم وافتقر الى الايداع أودع من ثقة ولا ضمان ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وفي (الدروس والمسالك) يودعه من الثقة ويشهد عليه عدلين واحتمل في مجمع البرهان دفنه واعلام الثقة بذلك ولو أودعه من غير ثقة ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يمتنعا من القبض فدفعه الى عدل بغير اذنهما ضمن ولو أذن له الحاكم ضمن أيضا لانتفاء ولايته عن غير الممتنع و يضمن القابض ﴾ ان رجع ضمير ضمن الثانية الى الحاكم فلا بد من تمييده مع التعمد والا فهو من خطأ الحكام وان رجع الى الدافع لان تسليمه حينئذ عدوان فحكمه أن له الرجوع على الحاكم ان تعمد لانه اغتر باذنه وان رجع الى القابض كما هو أحد الاحتمالين في ضمن الاولى أغنى عن قوله و يضمن القابض ولو قال فيضمنان فكذلك ووجه ضمان القابض ان يده عادية ولا أثر لعدم علمه بالحال لكن مع الجهل يرجع على من غره ولو امتنعا لم يضمن بالدفع الى العدل مع الحاجة وتعذر الحاكم تقدم مثله فيما لو غابا وقضيته أنه يضمن الدفع الى العدل اذا امتنعا مع تعذر الحاكم وعدم الحاجة وفيه تأمل قال في (التذكرة) ولو امتنعا من القبض وليس هناك حاكم فتركه عند ثقة جاز ولم يتعرض للحاجة وعدمها ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان امتنع أحدهما فدفعه الى الآخر ضمن والفرق أن العدل يقبض لهما والآخر يقبض لنفسه ﴾ ومثل ذلك قال في (التذكرة) ومعناه ان العدل الاجنبي لما لم يكن له في العين حق فهو لا يقبض الا لهما لعدم ظهور ما يقتضي خلافه وأما أحدهما فان شأنه أن يقبض لنفسه وهذا ظاهر حاله باعتبار ان له في العين حقا فلا يجوز تمكينه منها نظرا الى هذا الظاهر وقبضه لهما مرجعه الى قصده وهو أمر خفي فلا يصح أن يقال انه لو قبض لنفسه وللآخر وجب التسليم اليه وذلك كله مع الحاجة وتعذر الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أمر العدل بالبيع عند الحلول فله ذلك ﴾ قد تقدم انهما اذا شرطا أن يبيعه العدل عند الحلول صح الشرط وكان ذلك توكيلا في البيع منجزا وليس شرطا في الوكالة وانما الشرط في التصرف كما نص عليه في التذكرة والتحرير وحواشي الكتاب ونبه عليه في المبسوط فاندفع ما أورد من أن الوكالة شرطها التنجيز فلو أمر الراهن العدل بالبيع عند الحلول كان له ذلك كما في (التذكرة) لكن صرح الاصحاب كما في جامع المقاصد أنه لا بد لجواز البيع من اذن المرتهن وستسمع ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللراهن فسخ الوكالة الا أن تكون شرطا في عقد الرهن وليس للمرتهن عزله ﴾ قد نص على ذلك كله في المقام في (المبسوط والخلاف والدروس)

لأن العدل وكيل للراهن لكن ليس له البيع الا بأذنه ولو لم يعزلاه لم يبع عند الحلول الا بتجديد اذن المرتهن لان البيع لحقه فلم يجز حتى يأذن فيه ولا يفتقر الى تجديد اذن الراهن ولو أتلف الرهن اجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل (متن)

واقتصر في التذكرة والتحرير على نسبة ذلك الى الشيخ وصرح في (الوسيلة) بالحكم الاول المتعلق بالرهن ولم يتعرض للمرتهن وفي (جامع الشرائع) فان عزله الراهن انعزل ويحمل على ما اذا لم يكن مشروطا في لازم وقد استوفينا الكلام في ذلك في أواخر الفصل الثالث عند شرح قوله وليس للراهن فسخ الوكالة ومعنى قولهم ان ليس للراهن فسخ الوكالة انه ليس له أن يوكل غيره أو يتولاه بنفسه اذ من المعلوم ان له أن يفسخ الوكالة ويدفع الحق من غير الرهن وكذلك الحال في المرتهن فمعنى قولهم أن ليس له عزله انه ليس له ذلك وتولى البيع بنفسه أو غيره وليس معناه انه ليس له أن يبرئ الراهن ويفسخ الوكالة كما هو ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن ليس له البيع الا باذنه ﴾ معناه أن للمرتهن عزله عن البيع كما عبر عن ذلك بذلك في (التذكرة والتحرير والدروس) فكأنه قال ليس له عزله عن الوكالة وله عزله عن البيع لان البيع انما يستحق بمطالبته فاذا لم يطالب ومنع منه لم يجز كما ذكر ذلك كله في التذكرة وقال في (الدروس) للمرتهن عزله عن البيع لان البيع لحقه ولهذا يفتقر الى اذنه عند حلول الاجل انتهى وبهذا التوجيه يندفع التكرار والمسامحة عن قوله ولو لم يعزلاه الى آخره والوجه في عدم جواز البيع عند الحلول وعدمه الا باذنه ما ذكروه من تعلق حقه بالعين فلا يسوغ التصرف فيها على وجه يفضي الى ابطال التوثق ولان البيع لحقه فيتوقف على اذنه ليعلم انه مطالب أو مهمل أو مبرئ وسيأتي ما فيه وتظهر الفائدة في أنه وكيل الراهن وأن ليس للمرتهن عزله بل له منعه لحقه فيما لو وكله الراهن في البيع ولم يقيده بكونه لأداء دين الرهن ثم حصل الافتكاك فان الوكالة تبقى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعزلاه لم يبع عند الحلول الا بتجديد اذن المرتهن ﴾ كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس) وفي (جامع المقاصد) ذكر ذلك الشيخ وتبعه الجماعة وقد سمعت أنه نسبه آنفا الى صريح الأصحاب والمصرح به من عرفت ولا يخفى أن ما ذكروه من التعليل بأن البيع لحقه ضعيف فان الغرض توفية حقه ثم ان كونه لحقه لا يستلزم تجديد الاذن استصحابا لما كان كما في الراهن والفرق غير ظاهر قولكم لا بد من مراجعة المرتهن ليعلم انه مطالب أو مهمل أو مبرئ جار مثله في الراهن بأن يقال لا بد من مراجعته لانه قد يكون له غرض في بقاء الرهن ويريد قضاء الحق من غيره وابقاء الرهن لنفسه (فان قلت) اذنه السابقة قضت بعدم ذلك فلا يحتاج الى تجديد اذن عملا بالاستصحاب (قلنا) ذلك يجري في المرتهن كما أشرنا اليه أولا نعم يمكن الفرق بأنه لو اعتبر اذن الراهن لأدى الى أنه لا يباع الرهن أصلا لانه امتنع من الاذن أبدا ولعل هذا هو الاصل في الباب وبما سمعته آنفا يظهر لك أن لا تكرار ولا مسامحة في قوله ولو لم يعزلاه الى آخره وقال في (جامع المقاصد) في اسناد النفي اليهما توسع بين فان المرتهن ليس له عزله كما علم عن قريب انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولم يفتقر الى تجديد اذن الراهن ﴾ كما صرح به في (المبسوط والخلاف والتحرير والدروس) واقتصر في التذكرة على نسبته الى الشيخ وقد عرفت الوجه فيه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أتلف الرهن أجنبي فعليه القيمة تكون رهنا في يد العدل ﴾ كما صرح به في (المبسوط والجامع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) لأن

وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع (السابع) لو عينا ثمنا لم يجز له التعدي فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن حق ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بأمر الحاكم بنقد البلد وافق الحق أو قول أحدهما أولا فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق (متن)

القيمة بدل العين وقائمة مقامها في الرهن هذا الذي ذكروه في الرهن المشروط وضعه على يد عدل والا فقد نص في الغنية والسرائر والشرائع والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها انه لو أتلف الرهن متلف ألزم قيمته تكون رهنا من دون تقييد بكونه مشروطا وضعه على يد عدل وفي (المسالك) انه لافرق في المتلف بين كونه الراهن أم المرتهن أم الاجنبي وحاصله أن اتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلا أو قيمة كان العوض رهنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله المطالبة بها وهل له بيعها بالاذن في بيع الاصل الاقرب المنع ﴾ اما أن له المطالبة بها فلانه أمين في حفظها وذلك حق له وسلطنة وأما انه يمنع من بيعها بالاذن في بيع العين وأنه لا بد من تجديدها فهو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد ويمثل ذلك صرح في الشرائع والدروس والمسالك والكفاية في غير المقام قال في (الشرائع) لو أتلف الرهن متلف ألزم قيمته وتكون رهنا ولو أتلف المرتهن لكن لو كان وكيلا في الاصل لم يكن وكيلا في القيمة لان العقد لم يتناولها ومثله قال غيره ومعنى قوله أن العقد لم يتناولها ان الوكالة في البيع انما كانت في العين وقد ذهبت ولم تتعلق بالقيمة ولا دليل على تعلقها بها وهذا وجه القرب في كلام المصنف ووجه العدم أنه يحتمل أن له ذلك كما ثبت له الاستئمان في القيمة كما كان في الاصل فلافرق بين الرهن والوكالة مع اشتراكهما في التعلق ابتداء بالعين (وفيه) أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الحق من قيمتها فالقيمة لاتخرج عن غرض الرهن والاستئمان محض نفع اذ هو حفظ العين وصيانتها فلا يحتاج الى مزيد احتياط بخلاف الوكالة فانها منوطة بما عينه المالك والاغراض تختلف كثيرا في حفظ الاموال وبيعها باختلاف الاشخاص فربما استأمنه على متاعه ولا يستأمنه على قيمته وربما كان عارفا ببيع متاع بحيث لا يغبن فيه وليس عارفا ببيع غيره والحاصل أن البيع بمعرض حصول الضرر فلا يكتفى فيه بالسبب الضعيف ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو عينا ثمنا لم يجز له التعدي ﴾ عن القدر والجنس كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لان الحق لهما لاشيء للعدل هذا في جانب النقيصة كما أشار اليه في التذكرة ويأتي في الوكالة بلطف الله وبركة آل الله صلوات الله عليهم أجمعين أنه يجوز البيع بزيادة عما قال الموكل لكن ذلك حيث لايمنع من الزيادة ولقد تكرر هذا الحكم في كلامه لأنه سيأتي له في التاسع لو عينا له قدرا لم يجز بيعه بأقل والأمر سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختلفا لم يلتفت اليهما اذ للراهن ملكية الثمن وللمرتهن حق الوثيقة فيبيعه بامر الحاكم بنقد البلد ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة) وكذا التحرير والدروس لأنهما قيل فيهما بيع بنقد البلد لان الحظ في البيع يكون بنقد البلد ومعنى اختلافهما ان يقول احدهما بع بدارهم ويقول الآخر بدنانير وأنهما لابد لهما من بيعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وافق الحق او قول احدهما اولا ﴾ اي سواء وافق نقد البلد الدين ام لا وسواء وافق قول أحدهما ام لا كما نص عليه في التذكرة والتحرير والدروس وهو قضيته كلام المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعدد فبالاغلب فان تساويا فبمساوي الحق ﴾ يعني اذا تعدد نقد البلد حيث

وان باينهما عين له الحاكم ولو باعه نسيئة لم يصح الا باذن (الثامن) كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري بالاقل من الدين والقيمة لانه يقبض قيمة الرهن مستوفيا لحقه لا رهنا فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع به على من شاء من العدل والمشتري ولو استوفى المرتهن من الراهن دينه رجع الراهن بالقيمة على من شاء ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا رجع المشتري عليه لو ضمن (التاسع) لو عيناله قدرا لم يجز بيعه باقل ولو أطلقا باع بثمن المثل (متن)

عينه الحاكم بيع بالاكثر استعمالا وما ذكره المصنف خيرة الدروس وفي (المبسوط والتحرير) ان تعدد فبالاغلب فان تساويا فباوفرهما حظا فان تساوى فبمساوى الحق وفي (التذكرة) فان تعدد باع باعلاهما فان كانا متساويين باع باوفرهما حظا فان تساويا باع بجنس الحق ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان باينهما عين له الحاكم ﴾ اي ان باين الحق النقدين وفي (المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس) انه أن باينهما يباع بما هو اسهل صرفا الى جنس الحق فان تساويا عين له الحاكم بما يراه صلاحا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باعه نسيئة لم يصح الا بالاذن ﴾ فان اجاز صح والابطل ﴿ قوله ﴾ ﴿ كل موضع يحكم فيه ببطلان البيع يجب رد المبيع ﴾ كما اذا باع نسيئة او بغير نقد البلد او بما لا يتغابن به والحكم مما لاريب فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف تخير المرتهن في الرجوع على من شاء من العدل والمشتري ﴾ ذكر في (المبسوط والتذكرة والتحرير) في المسئلة أن الراهن يتخير فيما ذكر ولم يتعرض في الثلثة للمرتهن ولعل ما في الكتاب أولى لانه قد تقدم ان ليس للراهن والمرتهن أن يطلب الرهن من العدل الا مع اتفاقهما وان العدل لو سلم الى أحدهما من دون أذن الآخر كان ضامنا لكن المرتهن لما كان يقبض قيمته اي وفي منها حقه لا على سبيل الارتهان لان الفرض ان البيع لوفاء دينه والغالب فيه ان يكون بعد الحلول صح له مطالبة من شاء ولا كذلك الراهن والوجه في ضمان العدل مع انه امين انه غير مأذون في البيع الفاسد لعدم تناول الوكالة له بل انما تتناول العقد الصحيح والتسليم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ بالاقل من الدين والقيمة لانه يقبض الرهن مستوفيا لحقه ﴾ الجار متعلق بالرجوع وقد عرفت الوجه فيما ذكر مما مر وقد حكم بجواز رجوعه على العدل بجميع القيمة اذا كانت مساوية للدين أو أقل اذا اختار الرجوع عليه اي على العدل مع أنه يحتمل فيما اذا باع بدون ثمن المثل مما لا يتغابن بمثله تعين الرجوع على العدل بما نقص من (عن خ ل) ثمن المثل كذلك لان ذلك هو القدر الذي فرط فيه فيرجع على المشتري بالباقي ولعله أنما اختار ذلك لانه اخرجه من يده على وجه لم يجزه فضمن جميع القيمة كما لو اتلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فضل من القيمة عن الدين فللراهن الرجوع على من شاء من العدل والمشتري ومتى ضمن العدل رجع به على المشتري ولا يرجع المشتري عليه لو ضمن ﴾ لان تلف المبيع لما كان بيد المشتري كان قرار الضمان عليه ويجب ان يقرأ ضمن في الموضعين مشددا مبنيا للمفعول (للمجهول خ ل) ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو عينا له قدرا لم يجز بيعه ﴾ قد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اطلقا باع بثمن المثل ﴾ أي حالا بنقد البلد كما في (المبسوط والخلاف وجامع الشرائع والتحرير والتذكرة)

أو بزيادة خاصة ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل البيع وضمن ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان (العاشر) لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ويحتمل المرتهن لان البيع لأجله ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة لانه أمين فيبرأ بيمينه دون المشتري وتقديم قولهما لانهما منكران (متن)

﴿قوله﴾ ﴿ او بزيادة خاصة ﴾ خلافا لابي حنيفة فانه جوز أن يبيعه ولو بدرهم واحد للاطلاق (وفيه) انه محمول على المعتاد المتعارف بين الناس وهو هنا مقيد بما قاله اصحابنا ﴿قوله﴾ ﴿ولو باع بأقل مما لا يتغابن الناس به بطل وضمن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة ﴿قوله﴾ ﴿ ولو كان مما يتغابن به صح ولا ضمان ﴾ كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لان هذا القدر لا يمكن الاحتراز عنه وهو يقع لاهل الخبرة والبصيرة والمرجع في ذلك الى اهل الخبرة لكن ذلك ان لم يدفع اليه زيادة قبل تمام العقد والا فلا يصح وهل يجري هذا المجرى ما اذا دفعت له في زمن الخيار فالشيخ في المبسوط على أنه يجوز له قبول الزيادة وفسخ العقد فان لم يقبل لم ينفسخ العقد لانه قد صح وهذه الزيادة مضمونة فلا ينفسخ العقد وفي (التحرير) لو كان في مدة الخيار فالوجه عدم الفسخ (قلت) ويحتمل تعين الفسخ لانه مامور بالاحتياط وحالة الخيار كحالة العقد وقال المصنف في باب الوكالة في وجوب الفسخ اشكال فليتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ لو تلف الثمن في يده من غير تفريط فلا ضمان ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿قوله﴾ ﴿والاقرب انه من ضمان الراهن لانه وكيله ﴾ كما في الخلاف والتحرير والتذكرة لانه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو امين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمانه كسائر الامناء ﴿قوله﴾ ﴿ ويحتمل المرتهن لان البيع لأجله ﴾ أي ويحتمل كونه من ضمان المرتهن كما هو خيرة مالك وابي حنيفة واستند مالك الى ان البيع حق للمرتهن فهو بايع لحقه فالثمن يكون للمرتهن ويبرأ الراهن واما ابو حنيفة فبناه على اصله من ان الرهن مضمون على المرتهن والثمن بدله فيكون مضمونا ولم يوافقهم احد منا فيما اجد ويرد على مالك ان حق المرتهن انما تعلق باستيفاء الثمن ولا يلزم من كونه وكيلا له في حفظ الرهن ان يكون وكيلا له في حفظ الثمن وانه روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن من راهنه ومعناه من ضمان راهنه وانه قال صلى الله عليه واله وسلم الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه يعني ضمانه وقد ثبت الدين في ذمة الراهن ولا دليل على براءة ذمته بهلاك ثمن الرهن واصل ابي حنيفة فاسد فما ظنك فيما بناه عليه ﴿قوله﴾ ﴿ويقبل قوله مع اليمين لو ادعى التلف﴾ ولا يكلف اقامة البينة كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لانا ان كلفناه البينة شق وربما ادى الى ان لا يدخل الناس في الامانات وفي ذلك اضرار كثير ﴿قوله﴾ ﴿ولو ادعى قبضه من المشتري وخالفاه احتمل المساواة لانه امين فيبرأ بيمينه دون المشتري ويحتمل تقديم قولهما لانهما منكران﴾ اطال المحقق الثاني في بيان المسئلة وتوجيه العبارة ومناقشتها قال اي لو ادعى قبض الثمن من المشتري وتلفه بغير تفريط وان لم يذكر في العبارة لان ما قبله يدل على ارادته وخالفاه أي الراهن والمرتهن احتمل المساواة للمسئلة السابقة في قبول قوله مع يمينه نظرا الى كونه امينا فلا يختلف الحال في دعوى التلف بين كون القبض معلوما اولا واذا برأ العدل بيمينه لما قلناه لم يلزم براءة

المشتري من الدعوى لان يمين العدل انما هي لدفع الغرم عن نفسه بمقتضى اقراره بالقبض لا لدفع الدعوى عن المشتري ولا يلزم من اقراره بالقبض تحققه لامكان كونه كاذبا فتبقى الدعوى على المشتري بحالها ولان يمين شخص عن الدعوى بالمتعلقة به لا تسقط الدعوى عن غيره ويحتمل تقديم قولها اي الراهن والمرتهن لانهما منكران وفي هذا الاحتمال مناقشة لان تقديم قولها ان كان بالنسبة الى تضمين العدل فليس بظاهر لان العدل امين وقوله في التلف مصدق واما قوله بالقبض فان كان مصدقا فلا بحث في تصديقه في التلف بيمينه وأن لم يكن مصدقا فلا حاجة الى يمينه للتلف واليمين منحصر في جانبهما مع عدم البينة فيكون الغرم على المشتري هذا بالنسبة الى العدل واما بالنسبة الى المشتري فقد ذكر على تقدير تصديق العدل في ذلك بيمينه لا يبرأ بذلك ولا يصدق باليمين فالحال بالنسبة اليه منحصر في عدم قبول قوله بيمينه وانما المصدق باليمين قولهما فلا معنى لهذا الاحتمال ويحتمل ان يكون الاحتمال الاول منزلا على ان تصديق العدل في دعوى القبض والتلف بيمينه موجبا لبراءته وبراءة المشتري لاستلزامه ذلك بخلاف المشتري لو ادعى ذلك فانه لا يصدق باليمين الا ان هذا مستبعد من وجهين (الاول) بعده عن العبارة (والثاني) ان الحكم بحسب الواقع لا يطابق ذلك لان اقرار العدل بالقبض لا يوجب القطع بوقوعه لتندفع الدعوى عن المشتري وربما حصلت التهمة عند الراهن والمرتهن في صدق العدل والمشتري في وقوع القبض فلا تسقط الدعوى عنه وايضا فان يمين العدل انما هي لحصول التلف لان القبض يكفي فيه اقراره فلا يحتاج الى اليمين لاجله بالنسبة اليه لانه بدون اقراره بالقبض لا يتوجه عليه طلب الثمن ليدفعه عن نفسه بدعوى التلف واليمين عليه فلا وجه حينئذ للتردد في قبول قوله في ذلك بيمينه والاتيان بالحكم احتمالا وبالجملة فالعبارة لاتخلو من شيء انتهى كلامه فقد تضمن كلامه تقدير التلف وانه حصل في يد العدل وظاهر كلامه اولا وصريحه اخيرا حيث قال أن القبض يكفي فيه اقراره الى آخره ولا اقل من الظهور ان القبض مسلم عند الراهن والمرتهن وفي ذلك ما ستعرفه من الفساد والخروج عن الظاهر والشهيد في حواشيه حمل العبارة على ما اذا كان سلمه المبيع قبل قبض الثمن من دون اذنهما قال قال عميد الدين هذا هو المقصود من كلام المصنف لان الدعوى على المشتري وعلى الوكيل انتهى كلامهما ولعلهما اراد ان العدل لو باع ولم يدفع الثمن اليهما لانه امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره الا مع الطلب او ... عاقه عن ذلك كما اذا كانا في بلد اخرى ثم اتفق انهما شاهداه والمشتري في مكان كان الثمن مضمونا في غيره فقالا له بعت وسلمت ولم تقبض الثمن والا لدفعته او ارسلته الينا فخذه من المشتري وادفعه لنا فقال قبضته وجعلته في حرز في البيت او المكان الفلاني فيحتمل تقديم قولهما مع يمينهما عملا بالاصل وظاهر الحال وان لم يكن بتلك المكانة من الظهور ولا سيما اذا كانت وكالة العدل بجعل فيجب عليه دفع الثمن اليهما ويحتمل تقديم قوله مع يمينه كما لو ادعى التلف مع العلم بالقبض لانه امين فيبرأ من وجوب التحصيل والدفع فقد ظهر في هذا الفرض ان القبض لا يكفي فيه اقراره ولا حاجة الى تقدير التلف والسيد العميد والشهيد ادرى بمراد المصنف لانه منه اخذ وعليه تتلمذ (تلمذ خ ل) وأن ابيت الا تقدير التلف وأن القبض يكفي فيه اقراره قلنا انا ندعي ان معنى العبارة ان العدل لو ادعى قبض الثمن وابقائه عنده امانة لأنه وكيل في حفظه وقد اعتقد أن ابقائه عنده أحفظ حتى تلف وأنكر الراهن والمرتهن ذلك وقالا لم تقبضه فيحتمل تقديم قولهما عملا بالاصل

(الحادي عشر) لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل (متن)

والظاهر كما هو ظاهر ويحتمل تقديم قوله لانه أمين كما لو تحقق قبضه وادعى التلف في يده فيبرأ بيمينه وتبقى الدعوى على المشتري بحالها فيقدم قولهما على قوله ولا يلزم من براءة العدل براءته على هذا الفرض لكنه لا معنى حينئذ لاحلافه على عدم القبض الا ليطالب لهما المشتري حيث لا يعلم انه لهما وعلى مافهمه المحقق المذكور من أن العدل ادعى التلف في يده فربما يتجه القول ببراءة المشتري أيضا بل ربما يقال انه لا يتجه لهما عليه دعوى اذ ظاهره أنه فهم انهما انما خالفاه في دعوى التلف أي أنكرا التلف مصدقين بالقبض كما أشرنا اليه آنفا فلا مجال لاحتمال توجه دعواهما على المشتري اذ لا أصل ولا ظاهر يؤيد دعواهما كما كان في فرضنا وفي (الايضاح) أن احتمال المساواة هو الحق وقد نقل في الحواشي المنسوبة الى الشهيد عن المصنف أنه قال عدم قبول قول الوكيل مطلقا لا بالبينة والاصحاب قالوا كذلك ان كان بجعل والا قبل والاقرب تقديم قولهما انتهى ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا على العدل ان علم المشتري بوكالته فان علم بعد تلف الثمن في يده رجع على الراهن ولو علم بعد دفع الثمن الى المرتهن رجع المشتري عليه لا على العدل ﴾ اذا خرج الرهن مستحقا بعد دفع المشتري الثمن فاما أن يكون الثمن باقيا في يد العدل أو تالفا أو في يد الراهن والمرتهن كذلك(١) وعلى الحالات الست اما أن يكون علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف أو الرجوع أولم يعلم أصلا فالصور عديدة (والضابط) انه اذا كان عين ماله باقيا رجع على من هو في يده عدلا كان أو غيره عالم بالوكالة أولم يعلم فاطلاق المصنف بكون العهدة على الراهن غير جيد لا أن تقول ان الفرض في صورة التلف ولا يدفعه معنى العهدة (قال) الشهيد في باب الضمان في حواشي الكتاب العهدة اسم للونيقة ثم نقل الى الثمن انتهى ولكن العبارة تشتمل حينئذ على تطويل وتكرار بلا فائدة كما ستعرف والمسألة في المبسوط والخلاف والتذكرة مفروضة في صورة التلف وفي (التحرير) وغيره ليس الا الاطلاق وأما اذا تلف في يد العدل فان كان علم بوكالته حالة العقد أو حالة القبض أو حالة التلف فالعهدة على الراهن كما هو ظاهر اطلاق المصنف وتقييد العبارة بحالة العقد كما صنع المحقق الثاني لعله لم يصب محزه وكذلك الحال ما اذا تلف في يد الراهن ويأتي بيان الحال لو تلف في يد المرتهن وان لم يعلم أصلا كان له الرجوع على العدل بقيت عين الثمن أو تلفت وأما قوله فان علم فقد ضبطه المحقق المذكور بالبناء للمجهول و لمعنى فان علم الاستحقاق واستند في ذلك الى توهم احتمال عود الضمير الى المشتري فيفسد المعنى لأن العلم المؤثر من لمشتري بكون العدل وكيلا انما هو حالة البيع لا بعده وأنت خبير بأنه لا حاجة الى ذلك بل هو بالبناء للفاعل على الاصل فيكون التقدير فان علم المشتري بالاستحقاق واما احتمال عوده أي الضمير الى المشتري وان المفعول هو قوله بوكالته حتى يصير التقدير وان علم المشتري بوكالته بعد التلف كما تحكي عنه المحقق المذكور فمدفوع بقوله قبل ان علم المشتري بوكالته من غير تقييد

---

(١) أي تالفا أو باقيا (منه قدس سره)

ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق (متن)

بحالة العقد وغيرها والمحقق المشار اليه لما قيده بحالة العقد التزم بما التزم على أن قوله ان العلم المؤثر من المشتري الى آخره غير سديد لما عرفت وستعرف من أنه لافرق بين علمه حال البيع وغيرها ثم ان قول المصنف فان علم الى قوله ولو علم سواء قلنا ان الضمير المضاف اليه في يده راجع الى الرهن أو العدل مستغنى عنه بقوله فالعهدة على الراهن لان معناه سواء تلف في يده أو في يد العدل اذ المفروض انه تلف كما تقدم وان قلت أراد الايضاح (قلنا) كان له أن يقول فالعهدة على الراهن سواء تلف الثمن في يده أو يد العدل ان علم بوكالته ويستغنى عن ذلك كله مع كمال الايضاح والأمر سهل لانه في عبارة (وكيف كان) فالذي صرح فيه بأن العهدة على الراهن لا العدل فيما اذا خرج الرهن مستحقا ان علم المشتري بوكالة العدل المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ونحو ذلك ما في جامع الشرائع والدروس والمسالك وفي (الدروس) الا أن يعلم العدل بالاستحقاق وهو في محله وفي الثلاثة الاول وكذا كل وكيل باع مال غيره قال في (المبسوط) فان المشتري يرجع على الموكل ولا يرجع على الوكيل وليس عليه ضمان والمخالف الشيخ في الخلاف فانه قال يرجع على الوكل والوكيل يرجع على الموكل الراهن وبه قال أبو حنيفة وجماعة منهم فرضوا ذلك في صورة تلف الثمن وآخرون أطلقوا وظاهرهم بقاؤه كما عرفته آنفا والوجه فيما ذكر في المبسوط وغيره انه لم يبايعه الا على انه نائب عن الغير فكان العقد في الحقيقة عن الراهن وقابض الثمن له والعدل ليس له في القبض اعتبار ولا يرد أن تضمينه فيما لو ظهر البيع فاسدا وتلف المبيع في يد المشتري يقتضي التضمين هنا لانا نقول انه هناك متعد بالتسليم اذ ليس مأذونا فيه وليست يده يد نيابة عن الغير وهنا لاعدوان منه لان يده يد نيابة وتسلمه باذن المشتري لمالك المبيع (البيع ح ل) وان كان المشتري انما سلم الثمن ظنا منه أن البيع صحيح لأن هذا الظن لايخل بكون التسليم بالاذن في الجملة ولا بكون التسليم انما هو للراهن في الحقيقة والوكيل وسيط فهو بمنزلة الناقد لو نقد الثمن وسلمه الى البائع ومما صرح فيه بأنه يرجع على المرتهن لو علم المشتري بالاستحقاق بعد دفع الثمن الى المرتهن الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه قبض مالا يستحقه لكونه باقيا على ملك المشتري لفساد البيع وأما عدم الرجوع على العدل فقد ظهر وجهه فيما سبق وليس رجوع المشتري على المرتهن مقصورا عليه بالنسبة الى الراهن بل له الرجوع على الراهن أيضا سواء تلف الثمن في يد المرتهن أم لا فالقصر بالنسبة الى العدل كما صرح به المصنف هنا وأشار اليه في التذكرة حيث قال ان للمشتري أن يرجع على الراهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رده بعيب رجع على الراهن خاصة لان العدل وكيل والمرتهن قبض بحق ﴾ قد صرح برجوعه على الراهن دون المرتهن في (الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان) وكذلك الحال في ارش النقص لو لم يفسخ كما في الاخير والفرق بين العيب والاستحقاق أن العيب لايبطل البيع وانما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ وهو مسبوق بقبض المرتهن الثمن وتعلق حق الوثيقة به سواء كان قد أخذه من دينه أم أبقاه وثيقة بل تعلق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع لأنه وقت نقل الثمن الى الراهن فلا يبطله الفسخ الطارئ من المشتري بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن بخلاف ظهور استحقاق الرهن فانه يبطل البيع من أصله فلا يدخل الثمن في ملك البائع ولا يصح قبض المرتهن له

ولو لم يعلم المشتري بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل ويرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب أو قامت به بينة فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل حلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يعلم المشترى بوكالة العدل حالة البيع فله الرجوع على العدل فيرجع العدل على الراهن ان اعترف بالعيب ﴾ كما في (التذكرة والتحرير) لكنه في التحرير لم يقيد عدم العلم بحالة البيع كالكتاب والتذكرة وليس هو في الحقيقة قيدا بل جريا على الغالب كما عرفت آنفا والا لما تركه في الكتابين فيما سبق أعني فرض العلم ولقد ترك هذا القيد في التحرير في الموضعين أي عند فرض العلم وعدمه ولو كان قيدا لاقتضى أنه لولم يعلم حالة البيع لكن علم حالة الاقباض للثمن بكونه وكيلا استحق الرجوع عليه وفيه نظر ظاهر لان الاقباض له لم يكن لنفسه فيكون مضمونا بل للموكل وهو الراهن فيكون اعتبار يده بالنسبة اليه ساقطا وهذا هو الذي أشرنا اليه آنفا في الرد على المحقق الثاني وقلنا هناك ان التقييد غير سديد وفي (جامع المقاصد) انه في التذكرة أطلق ولم يقيد بحالة البيع قال فان كان العدل قد علم (أعلم خ ل) أنه وكيل الراهن فان العهدة على الراهن وفي هذا الاطلاق أيضا شئ انتهى مافي جامع المقاصد وأنت قد عرفت أنه في التذكرة فرض المسئلة المشار اليها في صورة تلف الثمن فعلى هذا ليس في هذا الاطلاق شئ أصلا ثم ان هذا الاطلاق انما كان فيما سلف وهو صورة فرض العلم فذكره في هذا المقام كأنه لم يصادف محره والنافع له بيان حال كلام التذكرة في هذا المقام وأنت قد عرفت أنه قيد فيها في المقام قال في (التذكرة) وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ثم ان ظاهر الكتاب والتحرير والتذكرة أو صريحها ان هذا من أقسام مسئلة العيب لارتباط تمام كلامه بالعيب واختصاصه به كما هو ظاهر لكل ناظر فلا ربط له بمسئلة الاستحقاق حتى قيد اطلاقه اولا بحالة البيع لمكان ذكره هنا وعلى تقدير عوده الى الاول ومخالفة الظاهر أو الى كل من المسئلتين لان كان الحكم فيهما في ذلك واحدا فقد عرفت أن القيد ... جار على الغالب والضمير في اعترف رجع الى العدل في عبارة الكتاب والتذكرة ليكون قوله فيهما فان أنكر فيما يأتى معادلا له ويحتمل أن يعود الى الراهن كما هو متعين في عبارة التحرير لانه قال ورجع هو على الراهن ان قر ولو أنكر فان لم يكن مع العدل بينة حلف الراهن انتهى ويكون قول المصنف ... فان أنكر منفصلا عن هذا (اذا تقرر ذلك) فعد الى الحكم والوجه فيه انه عدم علم المشتري بوكالة العدل يقتضي كون المعاوضة باعتقاده جارية بينهما وان الثمن المدفوع اليه مملوك له ... مضمونا عليه بمقتضى ذلك الاعتقاد وكذا كل وكيل باع مال غيره ولم يعلم المشتري ويجئ في شرائه لغيره مثل ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ اوقامت به بينة ﴾ هذا ذكره في التذكرة وأهمله في التحرير وكان الاولى ذكره ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أنكر فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل حلف المشتري رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة والظاهر أن الضمير في أنكر راجع الى العدل كما عرفت آنفا ولا يجوز عوده الى الراهن فانه لا ... لكون القول قول العدل بيمينه حينئذ وليس صحيحا والمعنى على الاول وان أنكر العدل العيب الذي ادعاه المشتري والحال انه

(الثاني عشر) لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب (متن)

لم يعلم بوكالته ولم تقم به بينة فالقول قوله بيمينه كما هو ظاهر فان نكل العدل عن اليمين وقد أنكر العيب فحلف المشتري برد اليمين عليه رجع على العدل ولا يرجع العدل على الراهن لانه أنكر العيب وذلك يقتضي بطلان دعوى المشتري وكونه ظالما فلا تسوغ له المطالبة بما أقر بكون المطالبة به ظلما ومن ثم لا تسمع دعواه ولا بينته ولو أظهر تأويلا كأن قال أنكرت جريا على الظاهر من أن الاصل الصحة لم يبعد استحقاق المطالبة على تقدير الاثبات وقد سبق مثله في بيع المغصوب في أول كتاب التجارة ويبقى الكلام فيما اذ اعترف العدل بالعيب وأنكر الراهن والظاهر تقديم قول الراهن مع يمينه كما جزم به في التحرير كما سمعته آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تلف العبد في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل أداء الثمن رجع المالك على من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن القابض والمشتري ويستقر الضمان على المشتري للتلف في يده ولو لم يعلم بالغصب استقر الضمان على الغاصب ﴾ ذكر العبد في فرض المسئلة على طريق التمثيل اذ لا خصوصية للعبد واذا تلف الرهن في يد المشتري ثم ظهر مستحقا فلا يخلو اما أن يكون قبل أداء الثمن أو بعده وعليهما فاما أن يكون المشتري عالما أو جاهلا فان ظهر بعد الاداء مع علم المشتري استقر الضمان عليه للمالك لمساواته لغيره في العلم وانفراده بالتلف في يده ومنه يظهر حال المسئلة الثانية اذ لا فرق في صورة العلم في استقرار الضمان على المشتري بين ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن أو بعده بالنسبة الى المالك أو المشتري فالمراد (اذ ...) لا وجه لتقييده به وهل له الرجوع بالثمن على من دفعه اليه احتمالات وأقوال الرجوع وعدمه والتفصيل بالبقاء وعدمه كما بينا ذلك كله في أوائل باب البيع وان كان جاهلا وقد أدى فانه يرجع بالثمن وبزيادة القيمة عنه على الاقوى لدخوله على أن يكون له مجانا اما ما قابل الثمن من القيمة فلا يرجع به وربما قيل انه لا يرجع بالزائد لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه كما هو شأن البيع الصحيح والفاسد وهو محل نظر هذا اذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حالة البيع كما تقدم ان ذلك كله في باب المكاسب ويستقر الضمان أي ضمان مازاد عن القيمة على الغاصب على لا ... ق في هذا بين كون الظهور قبل الاداء وبعده بالنسبة الى المالك والمشتري والغاصب فلا ... للتقييد في هذه الصورة أيضا هذا بناء على ما اقتضته قواعدهم ونطق به صريح كلامهم في مقامات أخر وظاهر كلام المصنف في المقام وصريح (جامع المقاصد) ان الغاصب يضمن الثمن وما زاد عن القيمة وما قابل الثمن من القيمة فيكون معنى العبارة انه يستقر الضمان حينئذ أي حين جهل المشتري على الغاصب اذا كان العدل والمرتهن القابض جاهلين أيضا لان المشتري مغرور ولا فرق في الغاصب بين الراهن والاجنبي اذا كان الراهن جاهلا وان كان عالما تخير المالك بين تضمينه وتضمين الغاصب الاجنبي كما لو كان الكل عالمين ما عدى المشتري (والحاصل) انه يتعين الضمان على العالم المغر واحدا كان أو متعددا لان المغرر سبب الاتلاف فكان المغر كالمتلف فان استند التغرير الى الكل فأيهما ضمنه المالك ضمن ولا يرجع على الآخر (ومنه) مالو باعه واحد وسلمه الآخر وان استند التغرير الى واحد ضمن هو خاصة فعلى هذا يتعين الضمان على العدل لانه هو البائع فكان هو المغر هذا ان

(الثالث عشر) لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال ولا يقبل قوله في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله في غيره كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى تسليمه الى صاحب الدين (متن)

جعلنا العلة هي التغرير كالبيع أو التسليم وان أنطنا الحكم بمجرد العلم تخير المالك في تضمين من شاء ممن علم سواء كان هو البائع أو غيره ولا يرجع على غيره فليلحظ ذلك هذا كله في استقرار الضمان على مايظهر من العبارة وهل للمالك الرجوع على الجاهل من هؤلاء مع علمه بجهله أو يتعين عليه الرجوع على العالم منهم أو الغاصب ظاهر المصنف هنا وغيره في غير موضع الاول وهو كذلك بل هو صريح الدروس وغيره في باب التجارة ومما ذكر يعلم حال الصورة الرابعة وهو ما اذا كان ظهور الاستحقاق قبل أداء الثمن اذ لافرق في ذلك بالنسبة الى المالك فانه مخير في الرجوع على من شاء ويستقر الضمان على المشتري لانفراده بالتلف في يده فاذا رجع عليه لايرجع هو على أحد الا بزيادة القيمة على الاقوى واذا رجع على أحدهم رجع هو على المشتري بالثمن لا بما زاد وقد عرفت ان ظاهر كلام المصنف خلاف ذلك وتنقيح المسئلة بما لامزيد عليه في باب المكاسب عند شرح قوله ولو وجد عنده سرقة ضمنها واعتبر المصنف في المرتهن أن يكون قابضا لانه اذا لم يقبض لم يكن له يد على المغصوب وليس من لوازم الرهن قبضه اما بناء على كون القبض ليس شرطا فظاهر وأما على الآخر فلامكان التوكيل فيه ﴿قوله﴾ ﴿لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال﴾ القبول أصح كما في الايضاح وأقوى كما في الحواشي وفي (جامع المقاصد) ان الوكيل اذا ادعى الرد كان القول قوله بيمينه اذا لم تكن الوكالة بجعل فعلى هذا تكون الفتوى هناك (هنا خ ل) كذلك انتهى ومنشأ الاشكال تعارض الاصل والظاهر اذ الاصل العدم و نه أمين وظاهر حاله أداء الامانة على انه لولا ذلك لادى الى عدم قبول الوكالة فيفضي الى الضرر وتمام الكلام وتحريره في باب الضمان وفي (الايضاح) ان الاشكال هنا في مسئلتين احدهما ان الوكيل في الدفع اذ دفع من غير اشهاد هل يكون ضامنا أم لا وفي دلالة العبارة على ماذكر نظر نعم يستفاد من كلام المصنف الآتي ثبوت اشكال في المسئلة وان لم تفده هذه العبارة على انه لادخل لذلك في أن القول قوله أو قول الراهن لان هذا هل يعد تفريطا أم لا سواء كان القول قوله أم قول الراهن نعم قد يتصور الاعتبار وهو على تقدير عده تفريطا لاتكون دعواه الاداء تامة الا اذا قال وأشهدت في وقت الاداء أو نحو ذلك لانه مادام لا يقول ذلك لم يدع دعوى على تقدير صحتها تكون مسقطة للمطالبة والرجوع فلا تكون مسموعة ومع هذا فلا ربط لها بهذا ولا اشعار لها به بوجه من الوجوه كما نبه على ذلك في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ولا يقبل في حق المرتهن لانه وكيله في الحفظ خاصة فلا يقبل في غيره﴾ هذا أقوى لانتفاء الوكالة في الاداء من طرفه قطعا كما في جامع المقاصد وفي (المبسوط والتحرير والتذكرة) القول قول المرتهن مع يمينه وعلى الدافع البينة كغيره من الدعاوي وعن أبي حنيفة أن القول قول العدل بيمينه لانه بمنزلة التلف في يده لانه أمين يقبل قوله في اسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في ايجاب الضمان على غيره (وفيه) ما أشار اليه المصنف من أنه وكيل المرتهن في الحفظ خاصة فلا يقبل قوله فيما ليس بوكيل فيه من جهته كما لو وكل رجلا في قضاء دينه فادعى انه سلمه الى صاحب الدين وأنكر

ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم وان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته أو ببينة غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء والا رجع على اشكال منشؤه التفريط وكونه أمينا له اليمين عليه ان كذبه (متن)

ذلك فان القول قول صاحب الدين بيمينه وحال المرتهن لا ينقص عن ذلك ويمنع انه كالتلف لان قوله اذا لم يقبل على المرتهن وجب أن يسقط قوله ولا يكون بمنزلة الاتلاف لانه لم يدع التلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمل قبول قوله على المرتهن في اسقاط الضمان عن نفسه لا عن غيره ﴾ هذا اشارة الى ماحكيناه من مذهب أبي حنيفة وفي (الايضاح) انه الاصح ﴿ قوله ﴾ ﴿ فعلى هذا ان حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه ﴾ أي فعلى هذا الاحتمال الثاني ينتفي الضمان عنه بالنسبة الى الراهن والمرتهن معا لقبول قوله في حقهما ولا يثبت على المرتهن انه قبضه لان اليمين لشيء لا يقتضي ثبوت شيء والاصل بقاء حقه فيرجع على الراهن وله أي الراهن احلاف المرتهن حينئذ على عدم القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الاول يحلف المرتهن فيرجع على من شاء ﴾ من العدل والراهن كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير) لاصل عدم الاداء وله حق متعلق بعين ثمن الرهن فلا يسقط فاذا رجع على العدل رجع بأقل الامرين من القيمة والدين ولا بد في هذه اليمين من طلب العدل أو الراهن لان الدعوى لهما وهل يغني تحليف أحدهما عن تحليف الآخر احتمالان من أن الدعوى واحدة ومن أن لكل واحد منهما حقا واستظهر في (جامع المقاصد) انه لو أحلفه أحدهما قبل انشاء الدعوى من الآخر بقي حق الآخر فله الدعوى والاحلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لاعترافه بالظلم فان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان دفعه بحضرته ان كانت بينته غابت أو ماتت لعدم التفريط في القضاء ﴾ أما الحكم الاول فظاهر وأما الثاني فلانه مع الدفع بحضرته يكون التقصير بترك الاشهاد مستندا الى الراهن وأما مع الدفع بالبينة فلانه قد حافظ على طريق الاحتياط وانما فرض البينة غائبة أو ميتة ليتم له انكار المرتهن وعدم امكان اثباته عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا رجع على اشكال منشؤه التفريط ﴾ اختير الرجوع في (المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح) ولا يخلو من قوة كما في جامع المقاصد لان العدل مفرط في ترك الاشهاد كما في المبسوط لانه وكله في دفع يبرؤه من الثمن وقد دفع دفعا لا يبرؤه كما في التذكرة ونحوه مافي الايضاح وليس ببعيد أن يقال ان الوكيل يجب عليه رعاية الغبطة والمصلحة بالنسبة الى الموكل والاخذ بما يكون سليما عن التضييع ولهذا لا يجوز له البيع نسيئة ولا التسليم قبل التسلم ولا ريب ان الدفع بغير اشهاد معرض للانكار وموت القابض وعدم علم الوارث بالقبض فعد ذلك تفريطا موجبا للضمان لا يخلوا من قوة وتمام الكلام في في المسئلة في باب الوديعة والوكالة فانا قد أسبغنا الكلام في البابين محررا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكونه أمينا له واليمين عليه ان كذبه ﴾ ظاهره انه وجه عدم استحقاق الرجوع وهو الشق الثاني من الاشكال (وفيه) ان كونه أمينا وكون الامين انما عليه اليمين اذا كذبه مستأمنه في الاداء انما يكون مع عدم تقصيره

(الرابع عشر) لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده اليه زال الضمان عنه ﴿ الفصل السادس ﴾ في اللواحق لو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله (متن)

وتفريطه فاذا قصر وفرط يضمن وان حصل القطع بصحة قوله فلا يثبت به المدعى وبقى الاشكال في الايضاح على انه هل يكون مفرطا لكونه وكيلا في الابراء ظاهرا وباطنا أو لا يكون مفرطا لانه وكل في الابراء وقد فعل وفي (جامع المقاصد) ان في استعلام ذلك من الوكيل تأملا وان منشأ الاشكال من التردد في كونه مفرطا بترك الاشهاد وعدمه ﴿قوله﴾ ﴿لو غصبه المرتهن من العدل ثم أعاده اليه زال الضمان عنه﴾ لانه قد رده الى وكيله كما في (المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) وكذلك الحال فيما لو قبضه المرتهن لا بعنوان الغصب (كما في التذكرة خ) فانه يجب عليه رده لان الراهن لم يرض بتسليمه له فاذا رده الى العدل زال عنه الضمان كما في التذكرة ولا كذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدي أو سافر به ثم رده فانه لم يزل عنه الضمان لان استئمانه قد بطل بذلك فلم يعتد بفعله ولا تعود الامانة الا بأن يرجعه الى صاحبه ثم يرده اليه أو الى وكيله أو يبرأه من ضمانه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير ﴿ الفصل السادس في اللواحق ﴾ ﴿قوله﴾ ﴿ ولو مات المرتهن ولم يعلم الراهن كان كسبيل ماله ﴾ كما في (السرائر والشرائع والتحرير والميسية وجامع المقاصد) حتى يعلم بعينه كما في الاولين وحتى تقوم البينة كما في الثالث وفي (المسالك) ان المحقق وغيره ذكروا هذه المسئلة جازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارة متقاربة أو متحدة انتهى ومعنى هذه العبارة أن الوارث مثلا اذا كان عاقلا جاهلا أن في التركة رهنا بحسب الواقع فما تركه الميت المرتهن من الاعيان فالظاهر انه ماله فيكون ماله ولا يجب عليه الاجتناب والفحص لقيام احتمال أن في التركة رهنا وان كان بعضها في نفس الامر رهنا كما اذا كان بعضها حراما ولا يعلمه الوارث ولا يدري به لأن المكلف به هو العمل بالظاهر فقد حاولوا بقولهم كان كسبيل ماله افادة هذا المعنى لانه ليس مالا له في الواقع وانما هو ماله ظاهرا وليس مرادهم أن الرهن اذا لم يعلم عينه في التركة ولكن علم حصوله في الجملة يكون كسبيل ماله قطعا كما في المسالك لأن اشتباه العين بغيرها لا يصيرها ملكا للغير كما لو اشتبهت الوديعة ودار في التخلص حينئذ الصلح وليس مرادهم أيضا انه اذا علم أن في يد الميت قبل موته رهنا ولم يوجد في التركة فاحتمل الحال تلفه بغير تفريط وبقاؤه عنده ولم يعلم بعينه وتصرفه فيه على وجه يكون مضمونا كما فهمه صاحب المسالك من هذه العبارات فأشكل عليه جزمهم هنا مع أنهم ذكروا نظير المسئلة في باب الوديعة وباب القراض واستشكلوا حكمها مع أن الكل من واد واحد وتبعه على ذلك صاحب الحدائق فأخذ يتعجب غير متأمل ولا متثبت وبما ذكرناه من معنى كلامهم يظهر الفرق ويرتفع الاشكال (قال) المصنف في باب الوديعة ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال هذا ان أقر أن عنده وديعة أو عليه وديعة أو ثبت انه مات وعنده وديعة أما لو كانت عنده في حيوته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال والاشكال الاول في كيفية الضمان وتقديم المودع على الديان والثاني في أصله ونحوه ما في الشرائع والارشاد وغيرهما بل في شرح الارشاد لفخر الاسلام نسبة الضمان في الوديعة الى نص الاصحاب (وقال) المحقق في باب المضاربة اذا مات العامل وفي يده أموال مضاربة فان علم مال أحدهم

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فان كان وكيلا فالاقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل وحق المرتهن اقدم من حق الحي والميت (متن)

بعينه كان احق به وان جهل كانوافيه سواء وان جهل كونه مضاربة قضي به ميراثا وقال المصنف ولو مات العامل ولم يعرف بقاء مال المضاربة بعينه صار ثابتا (باقياخل) في ذمته وصار صاحبه أسوة الغرماء على اشكال فالموضوع في المقام غير الموضوع في البابين اذ فيهما تعارض أصلان أصل البراءة وأصل بقاء الوديعة ومال المضاربة وكذلك الحال فيما اذا علم انه كان في يده رهن ولم يوجد في التركة واحتمل تلفه بغير تفريط وتصرفه فيه وبقاؤه غير معلوم العين وهذا غير ما نحن فيه لكن أصل بقاء المال في هذه المسائل الثلاث لا يعارض أصل البراءة لان المال بيد العامل والمستودع والمرتهن غير مضمون بل هو أمانة يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضمونا وقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدي لا بد من تخصيصه بالامانات ولم يعلم هنا مايزيل الامانة والاصل عدمه فيبقى أصل البراءة سالما عن المعارض مضافا الى ظاهر حال المسلم من أنه لا يخل بواجب من رده أو الايصاء به هذا مقتضى النظر لكن قال في (التذكرة) في باب الوديعة أن فتوى أكثر العلماء منا ومن الشافعية على الضمان وقد عرفت أن ولده نسبه الى نص الاصحاب وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لكنا لم نتحقق هذه الشهرة كما ستعرفه في باب الوديعة ولعلهم استندوا الى ظاهر الخبر وانه قصر في ترك الرد والايصاء والتعيين فليتأمل هذا وقد روى المشايخ الثلاثة عن صفوان عن عمر بن رياح القلا قال سئلت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك أخوه وترك صندوقا فيه رهون بعضها عليها أسماء أصحابها وبكم هو رهن و بعضها لا يدري لمن هو ولا بكم هو رهن فما ترى في هذا الذي لا يعرف صاحبه فقال هو كماله وقد نعمل بهذا الخبر وننزل عليه عبارة السرائر وما ذكر بعدها ونفرق بين الرهن وغيره بالخبر و بالاعتبار لتعلق حق المرتهن به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن فان كان وكيلا فالاقرب جواز بيعه من نفسه بثمن المثل ﴾ على الاشهر من غير كراهية كما في المختلف وبه صرح المصنف والشهيدان في التذكرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة وغيرهم لان الغرض بيعه بثمن المثل وهو حاصل وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها بل في اللمعة يجوز للمرتهن ابتياعه من دون تقييد وفي (جامع المقاصد) الاصح انه انما يجوز بالاذن أو وجود قرينة تدل عليه ونقل في (المختلف) عن أبي علي أنه قال لو وكل المرتهن في بيعه لم أختر له بيع ذلك وخاصة ان كان الرهن مما يحتاج الى استيفاء أو وزن أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده أو شريكه أو ما يجري مجراهما انتهى وهذا جار في كل وكالة وقد أسبغنا الكلام في ذلك في أوائل باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وحق المرتهن أقدم من حق الحي ﴾ أي ان حجر عليه كما قيد بذلك الشهيدان والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي ووجهه واضح وأما الدليل على الحكم فالاجماع المحصل والظاهر من المسالك وكذا مجمع البرهان حيث قال الظاهر انه اجماع وفي (الرياض) نفي الخلاف عنه وان ذلك من خصائص الرهن وفوائده لان فائدة الرهن شرعا ولغة وعرفا اختصاص المرتهن بالاستيفاء ومقتضى ذلك تقديمه على غيره من الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ والميت ﴾ كما في المقنعة والنهاية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والتبصرة والارشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر وغاية المرام وجامع المقاصد

فان قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء والرهن امانة في يده لا يضمن (متن)

وايضاح النافع والميسية والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (مجمع البرهان) أنه لايخلو من قوة وهو الاشهر كما في الشرائع والمشهور كما في المهذب البارع والمقتصر وغاية المرام ومجمع البرهان والكفاية وفي (الرياض) انه المشهور من غير خلاف يعرف وان اشعرت كثير من العبارات بوقوعه لكن لم يصرح أحد منهم بقائله الا أن بعض متأخري المتأخرين عزاه الى الصدوق في الفقيه انتهى وفي (السرائر) الاجماع عليه وان الرواية بخلافه شاذة وفي (الدروس وايضاح النافع) لرواية مهجورة وهذا في معنى الاجماع وفي (مجمع البرهان) قد لا يذكر الخلاف وفي (الحدائق) لم أقف على مخالف ونقل حكاية اجماع السرائر صاحب كشف الرموز ساكتا عليه وفي (المهذب البارع والمقتصر) أن الرواية ضعيفة وقد يظهر من الميسية والمسالك ان هناك خلافا وفي (الكفاية والمفاتيح) المسئلة محل خلاف وقال فخر الاسلام ان المخالف ابن بابويه فانه روى رواية أن الرهن يكون بين أصحاب الديون على السوية وقد مال اليه المولى الاردبيلي والخراساني للخبرين الضعيفين الشاذين المهجورين مع رأي العين (أحدهما) مارواه الصدوق والشيخ في الفقيه والتهذيب عن محمد بن حسان عن أبي عمران الارمني عن عبد الله بن الحكم الضعيف المرتفع القول سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه الدين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال يقسم جميع ماخلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص (والثاني) ماروياه أيضا في الكتابين عن العبيدي عن المروزي وهو سليمان بن حفص قال كتبت الى الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه الدين ولم يخلف شيئا الا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن أيأخذه بماله أو هو وسائر الديان فيه شركاء فكتب عليه السلام جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص والعبيدي مختلف في توثيقه ولم ينص علماء الرجال على سليمان بمدح ولا قدح بل لم يذكروه على أن هذه مكاتبة وقد تؤولان بتأويلات بعيدة لا بأس بها جمعا بين الادلة وان كنا أمرنا بطرح أمثالها لمخالفتها لما عرفته من القاعدة المتفق عليها فيما بينهم فتوى ورواية مضافا الى الاجماع وسبق حق المرتهن واصالة بقائه وثبوت سلطانه ﴿قوله﴾ ﴿فان قصر الثمن ضرب بفاضل دينه مع الغرماء﴾ كما نص عليه جماعة وهو واضح ﴿قوله﴾ ﴿والرهن أمانة في يده لا يضمن﴾ كما في المقنع والمقنعة والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرايع والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وكشف الحق والدروس واللمعة وسائر ماتأخر وفي (الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح) الاجماع عليه وهو ظاهر كشف الحق ومجمع البرهان والكفاية وفي (المسالك) أن ماروي مخالفا متروك وهو في معنى الاجماع وفي (الدروس) انه أمانة لا يضمن الا بتعد او تفريط على الاشهر ونقل فيه الشيخ الاجماع هنا وما روي من التقاص بين قيمته و بين الدين محمول على التفريط انتهى ومن العجيب قوله انه أشهر مع أنا لم نقف على مخالف أصلا كما اعترف بذلك جماعة والمخالف أبو حنيفة كما في الخلاف قال قال انه مضمون وشريح والنخعي والحسن البصري كما في التذكرة قال قالوا ان الرهن يضمن بجميع قيمته وحكى عن مالك انه ان كان تلفه بأمر ظاهر فمن ضمان الراهن وان ادعى تلفه بأمر خفي ضمن أي المرتهن وعن الثوري وأصحاب الرأي انه يضمنه بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين والغرض من ذكر مذاهب

أهل الخلاف امكان تنزيل الاخبار المخالفة عليها و بيان حال مافي الحدائق (لنا) الاصل وانه شرع وثيقة للدين فهلاك محلها لا يسقطه كوت الكفيل وانه بمنزلة الودعي والاجماع المعلوم والمنقول والاخبار المستفيضة وفيها الصحاح (فمنها مارواه) الصدوق في الفقيه عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج قال قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال هو من مال الراهن ويرتجع المرتهن عليه بماله وطريقه الى محمد بن أبي عمير صحيح (وما رواه) المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يرهن الرهن عند الرجل فيصيبه شيء أو ضياع قال يرجع بماله عليه وظاهره انه يرجع بدينه (وما رواه) الصدوق أيضا عن صفوان وطريقه اليه صحيح على الصحيح في ابراهيم بن هاشم عن اسحق بن عمار بن حيان الصيرفي الثقة لأن رواية صفوان بن يحيى عنه من القرائن المعينة له العارفة عن كونه الساباطي كرواية عبد الرحمن وعلي بن اسماعيل وزكريا المؤذن وغياث بن كلوب فان رواية هؤلاء عنه معينة له عن أبي ابراهيم عليه السلام قال قلت الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور وينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك قال على مولاه قال ان الناس يقولون ان رهنت العبد فمرض او انفقأت عينه فاصابه نقصان في جسده ينقص من مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد قال أرأيت لو ان العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته قال جنايته في عنقه (ومارواه) الشيخ في التهذيب عن احمد عن البزنطي عن حماد بن عثمان عن اسحق بن عمار قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام الرجل يرتهن الرهن الغلام او الدار فيصيبه الآفة على من يكون قال على مولاه ثم قال ارأيت لو قتل قتيلا على من كان يكون قلت هو في عنق العبد الا ترى فلم يذهب مال هذا قال أريت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد وبلغ مائتي دينار لمن كان يكون قلت لمولاه قال وكذلك يكون عليه ما يكون له الى غير ذلك من الاخبار الأخر الكثيرة وهذا الاخير وما في معناه مما دل على التلازم بين النقصان والمنفعة ثم يرشد الى انه يمكن الاستدلال في المقام بالاخبار الدالة على ان نماء الرهن للراهن مضافا الى ما استدل به في الغنية والسرائر والتذكرة من الخبرين النبويين المشهورين (احدهما) لا يغلق الرهن الرهن من صاحبه له غنمه وعليه غرمه ومعنى لا يغلق الرهن بالغين المعجمة وفتح الياء واللام لا يملكه المرتهن بالارتهان (وثانيهما) قوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وخراجه اذا كان للراهن بلا خلاف وجب ان يكون من ضمانه لكن هناك اخبار اخر يظهر منها المخالفة بحسب الاطلاق في الحكم كصحيحة ابي حمزة وصحيحة محمد بن قيس وموثقة ابن بكير وغيرها وقد حملها الاصحاب كافي الكفاية على تفريط المرتهن (قلت) لعدم صراحتها في ضمانه مع عدم التفريط ويرشد الى هذا التفصيل مرسلة ابان وقد تشعر به صحيحة اسحق ابن عمار وعليه تحمل رواية سليمان بن خالد والا لنافى اولها آخرها ويمكن حملها اي الاخبار المشار اليها على التقية كما يشير اليه صحيح بن عمار الذي قال فيه ان الناس يقولون الى آخره ويشعر به صحيح ابي حمزة حيث نسب الحكم فيه الى علي عليه السلام (ولبعلم) ان الظاهر جملة من العبارات كعبارة الشرائع والنافع انه يسقط الحق بتلف الرهن مع الضمان كما هو ظاهر جملة من اخبار الباب ويمكن الحمل على التراضي او التقاص والا فلا يسقط من الحق شيء وان كان التالف مضمونا لاختلاف الحقين اذا لم يكن الدين من جنس مايضمن به التالف بقي هناك شيء وهو ان جملة من الاخبار كصحيح البقباق ومرسل ابان قد تضمنت عدم ضمان المتاع اذا لم ينشره ولم يتعاهده ولم يحركه حتى تأكل وهلك وبذلك افتى في المقنع

الا بالتفريط ولا يسقط من دينه شي فان تصرف بركوب او سكنى او لبن وشبهه فعليه الاجرة والمثل وتقاص في المؤنة (متن)

(واعترضه) في المختلف بان الاقرب انه يضمن لان ترك نشر الثوب المفتقر الى ذلك يعد تفريطا والمفرط ضامن وكأنه لم يخطر بباله هذه الاخبار التي هي مستند الصدوق وقد تنزل على عدم علمه بحصول الضرر الى المتاع مع بقائه على تلك الحال والشهيد في الدروس نبه على كلام الصدوق وقال ان في رواية ابي العباس دلالة على قوله ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا بالتفريط ﴾ كما صرح به جماعة كثيرون وحكى عليه الاجماع في التذكرة ولم يذكره بعضهم للعلم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا يسقط من دينه شيء﴾ اي اذا اتلف من دون تعد ولا تفريط وهذا تأكيد لما سلف ونص في الرد على العامة وفي (التذكرة) الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه المعروف من مذهبهم اي الاصحاب ﴿ قوله ﴾ ﴿فان تصرف بركوب او سكنى او لبن وشبهه فعليه الاجرة والمثل﴾ الاجرة في مثل الركوب والسكنى والمثل في مثل اخذ اللبن وهو المشهور كما في (المسالك والكفاية والحدائق) وقد يظهر من المفاتيح الاجماع عليه حيث قال قالوا الى آخره وستسمع ما في الدروس لانه ليس للمرتهن الانتفاع به بدون اذن الراهن بلا خلاف كما في التذكرة ودليله انه بعد خروجه عن الامانة صار كسائر المتصرفين غير الامناء في اموال الناس (وما رواه) ثقة الاسلام والشيخ في الحسن بابراهيم عن ابي جعفر عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قال في الارض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمرة فزرعها وانفق عليها من ماله انه تحتسب له نفقته وعمله خالصا ثم ينظر نصيب الارض فيحتسب من ماله الذي ارتهن به الارض حتى يستوفي ماله فاذا استوفى ماله فليدع الارض الى صاحبها والبور الارض قبل ان تصلح للزرع او التي تترك سنة لتزرع من قابل وقد وقع في عبارة الشرائع انه لو تصرف باجارة لزمته الاجرة وهو يتم مع مضي مدة تقابلها اجرة عادة لا بمجرد العقد وحينئذ يتخير الراهن بين فسخ الاجارة والرجوع باجرة المثل وبين الاجازة فيرجع بالمسمى فقد اختلفت كيفية الضمان اذ ليس الضمان هنا كضمان اجرة الركوب والسكنى فان المضمون في هذين اجرة المثل وفي (الدروس) لو كان له منفعة كالركوب والحمار فالمشهور جواز الانتفاع بهما ويكون بازاء النفقة وهو في رواية ابي ولاد والسكوني وفي (النهاية) ان انتفع والا رجع بالنفقة ومنع ابن ادريس من الانتفاع فان انتفع تقاصا وعليه المتأخرون والروايتان ليستا صريحتين في المقابلة ولا مانعتين من المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لئلا تضيع المنفعة على المالك نعم يجب استيذانه ان امكن والا فالحاكم انتهى ومراده بالمشهور الشهرة بين المتقدمين وقد استحسن جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك وتمام الكلام يأتي مفصلا بعد هذا بلا فاصله والغرض من نقل عبارة الدروس الاشارة الى الخلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتقاص في المؤنة ﴾ كما عبر بذلك في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتذكرة واللمعة وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (الدروس) عليه المتأخرون كما سمعته آنفا ويأتي الكلام في معنى المقاصة وابن ادريس والمصنف في المختلف لم يعبرا بالمقاصة وهو الاوفق بالاصل قال في (السرائر) فان انفق بشرط العود واشهد على ذلك كان له الرجوع بما انفق ونحوه ما في المختلف وقد نقلت الشهرة في المسالك والكفاية والحدائق على انه ان أمره الراهن بالنفقة رجع بما غرم والا استأذنه وان امتنع اوغاب رفع امره الى الحاكم

فان تعذر انفق هو بنية الرجوع واشهد عليـه ليثبت له استحقاقه فان تصرف مع ذلك في شيءٍ بغير الاذن ضمن مع الاثم وتقاصا لـكنك قد سمعت انه في السرائر لم يشترط في الرجوع في النفقة الآتية العود بها والمحقق والمصنف والشهيد في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والـكتاب واللمعة لم يشترطوا شيئا وقد عرفت انه نسب ذلك في الدروس الى المتأخرين من دون اشتراط شيءٍ نعم اشتراط عـدم التبرع مما لا ريب فيه لاحد قال في (التذكرة) واما ان انفق متبرعا فانه لايرجع به قولا واحدا وقال في (المهذب البارع) واشترط الشهيد في جواز الرجوع بالنفقة اذن المالك او الحاكم فان تعذر فالاشهاد ولم يشترط الباقون اذن الحاكم وهو اولى انتهى وأول من اشترط اذن الحاكم فان تعـذر فالاشهاد المصنف في التذكرة ثم المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والمولى الاردبيلي قال ينبغي وقوى في الروضة قبول قوله من دون اشهاد في قدر المعروف بيمينه ورجوعه به والشهيد في الدروس اشترط اذن الحاكم فقط ولم يذكر الاشهاد لأنه ارشاد فما حكاه عنه في المهذب البارع غير موافق للواقع ونحو ما في الدروس ما في التنقيح وايضاح النافـع (فان قلت) أشتراط اذن الحاكم وأن لم يذكره الا كه لـكنه مراد لهم قطعا لاجماعهم على ان التصرف في الرهن لا يجوز الا باذن المالك والا فان على الدابة وعلفها تصرف فان تعذر المالك فالحاكم فان تعذر فالمرتهن من باب الحسبة وقد ارشدوه الى الاشهاد ليسلم من اليمين فالشهرة المحكية في المسالك والـكفاية انما هي بالنسبة الى قول الشيخ في النهاية ومن وافقـه والا فاذن الحاكم لابد منه (قلت) الرهن لايزيد عن اللقطة والوديعة فالمرتهن يجب عليه حفظه ولا يتم الا بالانفاق فيرجع به مع عدم التبرع كما هو الشأن في الانفاق على الوديعة واللقطة فانهم لم يشترطوا في الانفاق عليهما اذن الحاكم فليلحظ كلامهم في البابين وقد نبه على ذلك ابو العباس في المقتصر والمهذب وفي (المبسوط) عبارة تناسب ما نحن فيه قال ومتى اكرى المرتهن من ماله بغير اذن الحاكم فان كان الحاكم مقدورا عليه لم يرجع على الراهن لانه متطوع به وان لم يكن مقدورا فان اشهد عليه عدلين انه يكريه ليرجع به عليه فيه قولان وان لم يشهد لم يكن له الرجوع انتهى فتأمل فيه ويأتي عن الشهيد ما يشمل مثل هـذا فيكون ما في المبسوط ممـا نحن فيه وكيف كان فهذه الاقوال الثلثة متفقة على رجوع كل من الراهن والمرتهن مع التصرف على الآخر فيما يستحقه بعد انفاق المرتهن فهو بنفقته والراهن بمنفعة ماله على الاطلاق خلافا للشيخ في النهاية والحلبي فيما حكي عنه في الحيوان فجوزا الركوب والحلب بعد الانفاق وحكما بان المنفعة بازاء النفقة على الاطلاق ولو مع عدم المراضاة وتفاوت الحقين بالزيادة والنقصان وستسمع كلامهما وهو ظاهر ابن حمزه في في الوسيلة وابن سعيد في الجامع ومال اليه الخراساني في الـكفاية وقد سمعت انه قال في الدروس أن المشهور جواز الانتفاع بهما اي بالدار والدابة ويكون بازاء النفقة انتهى وقد زاد الدار فلا يكون الحـكم عند هؤلاء مقصورا على الحيوان قال في (النهاية) اذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كان نفقتها عليه وكذلك اذا كانت شاة وشرب لبنها كان عليه نفقتها واذا كان عند انسان دابة اوحيوان أو رقيق رهنا فان نفقتها على الراهن دون المرتهن فان انفق المرتهن عليها كان له ركوبها والانتفاع بها او الرجوع على الراهن بما انفق(وقال)ابو الصلاح فيما حكي عنه يجوز للمرتهن اذا كان الرهن حيوانا يتكفل مؤنته ان ينتفع بظهره اوخدمته أو صوفه أو لبنه وأن لم يتراضيا ولا يحل شيءٌ من ذلك من غـير تكفل مؤنة ولا مراضاة والا ولى ان يصرف قيمة منافعه في مؤنته انتهى فليتأمل فيه وقال في

فان تلف ضمن قيمته ان لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارفع(متن)

(الوسيله) وأن رهن حيوانا كان نفقته على الراهن فان أنفق عليه المرتهن كان له الرجوع على صاحبه مالم ينتفع به فان انتفع به ولم ينفق رد قدر ما انتفع به ونحوه ما في جامع الشرائع وحجتهم على ذلك (مارواه) المشايخ الثلثة عن ابي ولاد قال سئلت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهنا بماله أله ان يركبه قال فقال ان كان يعلفه فله ان يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه وطريق الكليني فيه سهل وطريق الشيخ والصدوق صحيح (ومارواه) الشيخ والصدوق عن السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب نفقته والدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب نفقته وقد حملها الاصحاب كما في الرياض والحدائق على حصول الاذن ومساواة الحقين قالا وهو بعيد جدا (قلت) الحامل لها على تساوي الحقين المصنف في المختلف وعلى الامرين أعني حصول الاذن ومساواة الحقين صاحب ايضاح النافع والشهيد الثاني والمولى الاردبيلي ولم أجد الآن لهم رابعا (وقد يقال) ان رهنه مع عدم الانفاق قرينة الاذن فيه وفي الصرف ولا سيما اذا اضطر الراهن الى الركوب والحاب فان ترك الركوب قد يفسده كما ان ترك الحلب مفسد مضر بالحيوان مفوت للبن على المالك فلو لم يجز له الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة وحصول المفسدة على المالك قال في (مجمع البرهان) يمكن حمل خبر السكوني على الاذن ولو كان مأخوذا من العادة المتعارفة بينهم انتهى فانتفى البعد عن حصول الاذن في الانفاق والتصرف وقد سمعت ماقاله في الدروس من أن الروايتين ليستا صريحتين في المقابلة ولا مانعتين عن المقاصة نعم تدلان على جواز ذلك وهو حسن لئلا تضيع المنفعة على المالك انتهى (وقد يقال) انهما ظاهرتان ولا سيما الاولى في المقابلة والمنع من المقاصة وفي الظهور بلاغ فليتأمل وما استحسنه في الدروس من جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك كأنه ميل اليه في التنقيح والمهذب البارع والمقتصر والروضة وكيف كان فالروايتان مع قصور سند احديهما وان صح الى صاحب اجماع على أن في البرقي كلاما لا تقاومان الادلة الدالة على عدم جواز تصرف كل من الراهن والمرتهن بدون اذن الآخر مع مخالفتها للقاعدة المقررة في الضمان فان مقتضاها رجوع الراهن بحق المنفعه والمرتهن بحق النفقة فتخصيص هاتين القاعدتين بهاتين الروايتين اللتين أطبق المتأخرون على عدم العمل بهما على ظاهرهما وشهرة المتقدمين وان حكيت في الدروس لم نتحققها هذا المفيد والصدوق والسيد وسلار والقاضي والراوندي وأبو المكارم لم يفتوا بظاهر الخبر مع وجود الصحيحة في الكافي والفقيه والتهذيب ووجود الثانية في الاخيرين فقد أعرضوا عنهما مع أنهما بمرأ من العين والمراد بالمقاصة كما في كشف الرموز أن يقاص المرتهن ماأنفق عليها بالاجرة المضمونة عليه حيث تصرف فيها من غير اذن الراهن قال ولا تتحقق المقاصة الا بهذا التأويل انتهى فتأمل والمقاصة مشروطة بشرائط فلعل المراد عند حصول شروطها وفي (مجمع البرهان) يمكن أن يراد بالمقاصة مجرد الرجوع ﴿قوله﴾ ﴿ فلو تلف ضمن قيمته ان لم يكن مثليا قيل يوم قبضه وقيل يوم هلاكه وقيل الارفع ﴾ وعن أبي علي انه يضمن أعلا القيم من يوم هلاكه الى يوم يحكم عليه بقيمته وقيل أعلا القيم من حين التفريط الى وقت التلف وقد تقدم الكلام في مثل ذلك مرارا والاصح انه يوم هلاكه لانه وقت استقرار الضمان وانتقالها الى

ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالبينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ويجب على المرتهن بالوطئ العشر أو نصفه (متن)

ذمة المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو علم جحود الوارث استقل بالاستيفاء ﴾ الذي طفحت به عباراتهم انه يجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده ان خاف جحود الوارث كالشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح) وغيرها وفي (الكفاية) انه المعروف بينهم وفي(مجمع البرهان) الاجماع عليه ان لم يكن له بينة مقبولة أو لم يمكن اثباته عند الحاكم وفي (الرياض) قد صرح الاصحاب من غير خلاف يعرف بل في شرح الارشاد الاجماع عليه بأن للمرتهن استيفاء دينه من الرهن وان لم يكن وكيلا في البيع او انفسخت وكالته بموت الراهن ان خاف جحود الراهن او الورثة للحق ولم يمكن اثباته عند الحاكم لعدم البينة او غيره من العوارض لعدم الجرح والضرر وللخبر انتهى ولم يقيده أحد بالعلم بجحود الوارث كما في الكتاب ولعله أراد بالعلم الظن الغالب لكن في جامع المقاصد ان الظن أيضا غير شرط بل يكفي خوف جحوده دفعا للضرر المخوف فقد اكتفى بمجرد الاحتمال فليلحظ وقال جماعة المرجع في الخوف الى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده ومما صرح فيه بأنه يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضا الارشاد والدروس والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وقد سمعت ما في الرياض ومما قيد فيه ذلك بعدم البينة التحرير وايضاح النافع والروضة والمسالك والكفاية تبعا للرواية ونسبه في الحدائق الى الاصحاب قال في (المسالك) كل ذلك مع عدم البينة المقبولة عند الحاكم والا لم يجز بل يثبت عنده الدين والرهن ويستأذنه في البيع ولعله لحرمة التصرف في مال الغير الا باذنه خرج منه صورة عدم امكان الاثبات للاجماع والضرر والضرورة وأطلق الباقون وفي (مجمع البرهان) لايشترط عدم البينة وعدم امكان الاثبات عند الحاكم وهو الاصح والرواية غير صريحة باشتراط عدم امكان الاثبات وانما فيها اشعار ولعلها خرجت مخرج الغالب والحق بعضهم بخوف الجحود الحاجة الى اليمين وفي(المسالك والروضة) انه ليس بمعتمد وفي (الكفاية) ان فيه أي الالحاق نظرا قلت لعدم التضرر باليمين الصادقة وان كان تركها تعظيما لله جل شأنه أولى وقد روى الصدوق والشيخ عن العبيدي عن المروزي عن أبي الحسن عليه السلام انه كتب اليه في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهنا فكتب عليه السلام ان كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله مما في يده وليرد الباقي على ورثته ومتى أقر بما عنده أخذ به وطولب بالبينة على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين ومتى لم يقم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله مايعلمون له على ميته حقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعترف بالرهن لم يصدق في الدين الا بالبينة وله احلاف الوارث على عدم العلم ﴾ كما نص على ذلك مولانا الهادي عليه السلام في الخبر المقدم ويحتمل أن يكون الكاظم والرضا عليهما السلام لأنه يظهر من الأخبار انه ممن ادرك الكاظم والرضا والجواد والهادي والعسكري عليهم السلام وقال مولانا المجلسي انه له مكاتبات الى الجواد والهادي والعسكري صلوات الله عليهم أجمعين مضافا الى الاصل والضابط العام مع عدم خلاف في المقام كما في الرياض (قلت) وانما ترك الاكثر التصريح به للعلم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجب على المرتهن بالوطئ العشر أو نصفه ﴾ تقدم الكلام في هذا ومثله في المطلب الثاني في أحكام بيع الحيوان في مقامين

ولو طاوعت فلا شيء ولو شرط كون الرهن مبيعا عند تعذر الاداء بعد الحلول بطلا (متن)

فيما لو وطأ أحد الشركاء الجارية وفيما لو ظهر استحقاق الامة الموطوأة وتقدم أيضا في باب العيب في مقامين وفي باب شروط البيع ومغايرة المورد لا تقضي بالمغايرة مع اتحاد طريق المسائل وقد استوفينا الكلام في هذه المسئلة وأطرافها أكمل استيفاء وسيتعرض المصنف لمثل ذلك في باب الغصب وباب الحدود ومما صرح فيه بجميع ماذكره المصنف هنا الشرائع والجامع والتحرير والدروس واللمعة وفي (الروضة) انه المشهور وقد تقدم منا في باب البيع نقل الشهرة عن عدة كتب وان في الخلاف الاجماع عليه وقيل عليه مهر أمثالها وهو خيرة المبسوط والتذكرة والمفهوم من كلام الغنية والسرائر وفي (التذكرة) ويجب المهر ان كانت مكرهة اجماعا ولعله أراد بالمهر مايشمل العقر وربما قيل ان المالك يتخير بين الامرين وحكي عن الشهيد انه رجحه في بعض حواشيه وهل يجب مع ذلك ارش البكارة جزم به في الروضة وقال به جماعة في غير المقام كما بيناه فيما سلف من المواضع المشار اليها وفي (المسالك) ان أكثر عبارات الاصحاب في المقام مطلقة وهو كذلك وربما قيل بدخوله في العشر وعدم دخوله في مهر المثل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طاوعته فلا شيء ﴾ كما في (المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد) وهو المشهور كما في المسالك والكفاية والحدائق ولم يرجح في التذكرة وقوى أحد الامرين أي العقر أو المهر في المسالك والروضة والكفاية لانه بضع مستحق لغير الموطوأة فلا يسقط برضاها ولانه تصرف في مال الغير وفي (جامع الشرائع) ان طاوعته ثيبا فلا مهر لها وان أكرهها فعليه نصف عشر قيمتها وان طاوعته بكرا أو أكرهها فعليه عشر قيمتها انتهى فليتأمل في تحصيله وعلى تقدير نفي أحد الامرين من المهر والعقر فلا شبهة في ثبوت أرش البكارة هنا كما في المسالك ونحوه كما في جامع المقاصد لانه جناية على مال الغير هذا كلامهم في المقام وقد تقدم تفصيله ودليله في بيع الحيوان وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط كون الرهن مبيعا مع تعذر الاداء بعد الحلول بطلا ﴾ اجماعا كما في المبسوط وظاهر السرائر أو صريحها وظاهر المسالك ومجمع البرهان وفي (التذكرة) الشرط فاسد بلا خلاف واذا فسد فسد الرهن وبالحكم صرح في الجامع والشرائع والنافع والارشاد والتذكرة والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد وتعليق النافع وايضاح النافع والمسالك والروضة وغيرها لكنه في الشرائع أطلق قال ولو شرط ان لم يؤد كان الرهن مبيعا لم يصح ولم يقل عند الأجل كالنافع وقال في (الارشاد) بطل ولم يقل بطلا كالكتاب وغيره والامر سهل لانه لاشك في بطلان هذا الشرط لعدم الصيغة وللتعليق المانع من صحة البيع ولان الاصل عدم الانتقال ولا موجب له اذ ليس الموجود الا عقد الرهن فلا بيع ثم انه لا يصح كون الشيء الواحد رهنا على دين شخص ومبيعا له وببطلان الشرط يبطل المشروط ثم ان لهم على بطلان الرهن انه موقت وهو لا يتوقت الا بالوطى وان بيت ذلك كله قلنا في الاجماع على بطلانهما أكمل بلاغ وعساك تقول كما قال بعض العامة ان الراهن اذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى مع بطلانه فيصح الرهن ويفسد البيع (وفيه) ان مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد كما هو ظاهر وعبارة الشرائع تنزل على مافي النافع وغيره من أن المراد انه رهنه الرهن على الدين المؤجل وشرط له ان لم يؤد الدين في ذلك الاجل يكون الرهن مبيعا له بالدين أو بقدر مخصوص وان كان الاطلاق كما في الشرائع مبطلا أيضا الا أنه حيث لم يعين وقتا

فان تلف قبل مــدة الحلول لم يضمن ولو تلف بعدها ضمن (متن)

لا يتحقق عدم الوفاء مادام الراهن حيا فيتعلق البيع على الوفاء وهو غير صحيح الا أن الاصحاب وغيرهم كما في المسالك فرضوا المسئلة كما ذكرنا ومع ذلك كله قال في (التحرير) اذا شرط كونه مبيعا عند حلول الاجل بالدين هل يفسد الرهن بفساد الشرط فيه نظر والذي قواه الشيخ عدم الفساد وهو جيد وأنت قد عرفت انه قال في المبسوط بطلا اجماعا ﴿ قوله ﴾ ﴿فان تلف قبل مدة الحلول لم يضمن وان تلف بعدها ضمن﴾ كما في (المبسوط وجامع الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة) لانه في مدة الاجل وهو فاسد وبعده مبيع فاسد وكل عقد يتبع صحيحه في الضمان وعدمه فحيث كان صحيح الرهن غير مضمون كان فاسده كذلك وحيث كان صحيح البيع مضمونا على المشتري ففاسده كذلك وفي (المسالك) أن الاصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد (قلت) وبها طفحت عباراتهم في المقام وغيره ومما استندوا فيه اليها في المقام المبسوط والجامع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي (المبسوط) البيع الصحيح والفاسد مضمون اجماعا وفي (مجمع البرهان) انها قاعدة مشهورة فكأنها مجمع عليها ولا نعرف دليلها (قلت) دليلها بعد الاجماع انهما تراضيا على لوازم العقد فحيث كان مضمونا فقد دخل القابض على الضمان ودفع المالك عليه مضافا الى قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت حتى تؤدي وحيث يكون غير مضمون يكون التسليم واقعا على اعتقاد صحة العقد فلم يقصد المسلم ضمانا بل سلم على قصد العدم ولم يلتزم المتسلم ضمانا أيضا فينتفي المقتضي له مضافا الى الاصل وعدم تناول عموم قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت له لعدم انصرافه الى مانحن فيه أعني ماقصد فيه المسلم عدم الضمان وبه يندفع (ماعساه يقال) ان الاصل في كل مقبوض الضمان مالم يكن أمانة وهنا ليس كذلك لان كونه أمانة فرع كونه رهنا لانك قد عرفت انه حينئذ بمنزلة الامانة ولا يتناوله العموم وقال في (المسالك) هذا القسم انما يتم فيما اذا كانا جاهلين بالفساد أو عالمين به فان الدفع والقبض يكون بمنزلة الامانة وكذا لو كان الدافع عالما دون الآخر ويشكل العكس من حيث ان القابض لعلمه بالحال أخذ بغير حق والدافع توهم الصحة والا لما رضي بدفع ماله فيكون مضمونا للعموم السابق وأنت خبير بأن هذا الاشكال غير مختص بالاخيرة بل جار في الاولى أيضا وهي ما اذا كانا جاهلين كأن يقال ان رضا المسلم بدفع العين فيها انما هو لتوهم صحة العقد بحيث لولاه لما رضي بالدفع (وأجاب) في المسالك عما أورده من الاشكال بالاجماع على اطلاق القول في هذه القاعدة وقال ويمكن توجيهه بأن المالك أذن في قبضه على وجه لاضمان فيه والمتسلم تسلمه كذلك وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم فالاذن حاصل والمانع غير معلوم انتهى وأنت تعلم أن هذا بانفراده غير مخرج عن العموم السابق الا أن تقول ان غرضه انه حينئذ لايتناوله العموم لانصرافه الى غيره كما أشرنا اليه آنفا فيبقى على الاصل ويتجه الجواب بالنسبة الى الصورتين فكأن المدار في الصور الاربع على عدم تناول العموم لها فلا يخرج عن الاصل وقال في (التنقيح) عند شرح قوله في النافع لم يصح أي لم يصح البيع لتعلقه على المدة ويكون مضمونا لقبضه بالبيع الفاسد ومراده أنه يكون مضمونا بعد الاجل لاقبله اذ لابيع قبله فلا مخالفة (ثم) انه قد يقال ان في ضمانه بعد الأجل على الاطلاق اشكالا لانه اذا كان مقبوضا عنده بالرهن الفاسد الذي لايضمن به فينبغي أن يبقى عنده

وفوائد الرهن للراهن ولا تدخل فيه (وان خ ل) ان كانت موجودة والاقرب عدم دخول المتجددة الا مع الشرط أو كانت متصلة (متن)

على هذا الوجه حتى ينوي تملكه بعد الاجل بزعم انه مبيع له فيمنه منه لو طلبه ويتصرف فيه وتظهر الفائدة فيما اذا غفل عن كونه مبيعا ولم ينو تملكا فليتأمل جيدا وتظهر الفائدة في أصل المسئلة فيما عدى التلف فيما اذا غرس أو بنى قبل دخول وقت البيع فانه يقلع مجانا ولو فعل ذلك بعده وهو جاهل بالفساد لم يقلع كذلك لوقوعه باذن المالك وجهله بعدم الجواز فيكون كما لو غرس المستعير ورجع المعير ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفوائد الرهن للراهن ﴾ كما في المقنع وما تأخر عنه وعليه الاجماع كما في كشف الحق وظاهر كشف الرموز والمسالك والمفاتيح ومجمع البرهان والرياض والاجماعات الآتية منطبقة عليه وتدل عليه الاخبار الكثيرة المتضافرة ولا فرق في ذلك بين المتصلة والمنفصلة وخالف أبو حنيفه فقال فيما حكي عنه المتصلة (تبقى خ ل) تبطل لاتحصل للراهن ولا للمرتهن والمنفصلة تدخل في الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل فيه ان كانت موجودة ﴾ كما في المقنعة والنهاية وسائر ماتأخر عنهما وفي (المختلف) انه مذهب الاكثر وفي (التنقيح) الاجماع عليه وفي (الانتصار) الاجماع عليه في الحمل وفي (المسالك) انه المشهور ذكره في مقام آخر والمخالف أبو علي على ماحكي عنه في المختلف قال قال جميع ذلك يدخل في الرهن وضعفه واضح لان الموجود حاله كسائر أمواله وربما قيل بدخول نحو الصوف والوبر والشعر على ظهر الحيوان ونحو ذلك مما هو بحكم الجزء واستقربه في التذكرة وهو حسن ان حكم العرف بالدخول والا فالاظهر ماحكم به الاصحاب ولعله المفروض وتردد في التذكرة في دخول اللبن في الضرع وسيأتي تردد المصنف هنا في الامرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم دخول المتجدد الامع الشرط أو كانت متصلة ﴾ الفوائد المتجددة المتصلة اتصالا لا يقبل الانفصال كالسمن والطول تدخل في الرهن اجماعا كما في المختلف والتذكرة في موضعين منها والمسالك والروضة والمفاتيح وقد نفي عنه الخلاف في التنقيح والكفاية والحدائق وفي (غاية المراد) انه لابحث فيه وكذلك المنفصلة كالثمرة والحمل والقابلة للانفصال كالشعر والصوف اذا شرط المرتهن دخولها لنفي الخلاف فيه عندنا الا في الدروس (ثم قال) وان لم يصح رهن المعدوم لانها تابعة وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح) لو اشترط المرتهن الدخول أو الراهن الخروج ارتفع الاشكال والمصنف في التذكرة استثنى مايتجدد من المنافع بالاختيار كاكتساب العبد فلا يصح اشتراط دخوله وفي (الدروس) انه لافرق بين كسب العبد وغيره (أما الفوائد) المتجددة التي ليست متصلة كذلك ولا مشروطة فقد قرب المصنف هنا عدم دخولها وهو خيرة الخلاف في موضعين منه والمبسوط ونكت النهاية للمحقق والتحرير والتذكرة في موضعين منها والارشاد والمختلف والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والكفاية ومال اليه في المسالك وهو المنقول في الدروس عن المحقق في الدرس المبارك الميمون وفي (الخلاف) في باب الزكوة الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث قال عندنا في مطاوي البحث في فروع المسئلة قال في (زكوة الخلاف) اذا رهن جارية أو شاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجا عن الرهن باجماع الفرقة وهو قوي متين جدا للاصل بمعنى أصل العدم ولعدم دلالة اللفظ على دخولها بشيء من الدلالات ولان الاصل في الملك أن يتصرف فيه مالكه كيف شاء خرج منه الاصل بوقوع الرهن عليه وهذا النماء مادام متصلا بالاصل لانه يلزم منه التصرف

ولو أدى مايخص أحد الرهنين لم يجز امساكه بالآخر ولا بالخالي ويقدم قول الدافع ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة (متن)

في المرهون الذي قام الاجماع على منعه ويبقى الباقي وهو ما اذا انفصل عن الاصل على الاصل وقد استدل عليه المصنف في المختلف برواية السكوني وخبر اسحق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام (قلت) فان رهن دارا لها غلة لمن الغلة قال لصاحب الدار وقال وادعى ابن ادريس أن قوله مذهب أهل البيت عليهم السلام واجماعهم عليه وان ماذكره الشيخ في الخلاف والمبسوط مذهب المخالفين خطأ لا برهان عليه ولا شبهة له (قلت) الخبران لادلالة فيهما على ما نحن فيه اذ غاية مادلا عليه انما هو التبعية في الملك ولا تنافيها الدخول في المرهون كما هو فرض المسئلة (وقد يقال) انهما عند التأمل ظاهران في ذلك فتأمل والعامة على أقوال حكاها في الانتصار قال فقال أبو حنيفة اذا ولدت المرهونة بعد الرهن دخل ولدها في الرهن وكذلك اللبن والصوف وثمرة النخل والشجر وهو قول الثوري والحسن بن حي وقال مالك ماحدث من ولد فهو رهن وقال الشافعي لايدخل الولد ولا الثمرة الحادثة في الرهن وقال الليث اذا كان الدين حالا دخلت الثمرة فان كان الى أجل فالثمرة لصاحب الاصل وروي عنه أنه لايدخل الا أن يكون موجودا يوم الرهن انتهى ما حكاه في الانتصار وفي (المقنعة والنهاية والوسيلة والغنية والسرائر والجامع والشرائع والنافع وكشف الرموز والدروس واللمعة وغاية المراد وايضاح النافع) أنه يدخل في الرهن وهو المحكي عن أبي علي وأبي الصلاح والقاضي وفي (الدروس والمسالك والكفاية ولمفاتيح والحدائق والرياض) انه المشهور وفي (جامع المقاصد) انه مذهب الاكثر وفي (ايضاح النافع) انه أشهر بل كاد يكون اجماعا بل صرح بعضهم بدعوى الاجماع عليه وفي (الغنية والسرائر) الاجماع عليه وفي الاخير أيضا انه مذهب أهل البيت عليهم السلام وفي (الانتصار) أن دخول الحمل الى حاصل في الارتهان مما انفردت به الامامية ولا حجة لهم يعول عليها الا الاجماع المنجبر بالشهرة المعلومة والمنقولة وربما احتج عليه بتبعيته للاصل (وفيه) أنها ممنوعة في مطلق الحكم بل انما هي في الملك ولا كلام فيها وبتبعية ولد المدبرة لها بالتدبير خروجا بالدليل مع حرمة القياس ووجود الفارق وهو تغلب جانب العتق (وقد) يستدل لهم بلزوم جواز انتفاع الراهن بالرهن لان المنفعة اذا لم تكن رهنا لاوجه لمنعه من التصرف فيها لكن الاجماع على منعه (ويندفع) ذلك بما أشرنا اليه آنفا من أن منعه من التصرف لا من حيث المنفعة بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون ولهذا لو انفصلت المنفعة كالثمن والولد لم يمنعه من التصرف فيها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أدى مايخص أحد الرهنين لم يجز امساكه بالآخر ولا بالخالي ﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم ووجهه ظاهر لانه قد فكه مما رهن عليه ولم يرهنه على الآخر ولا الخالي فلا يكون رهنا والارتهان غير واجب نعم اذا تراضيا فلا كلام كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم قول الدافع ﴾ في أن المدفوع عن أي الدينين لان المعتبر نيته وهو أعرف بها وذلك مع اليمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تدخل الثمرة غير المؤبرة في رهن النخلة ﴾ كما في المبسوط والشرايع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقال في (التذكرة) الحق عندنا ذلك وان دخلت في البيع اقتصارا على النص فلا يتعدى الى غيره (قلت) لانها غير داخلة في مسماها ودخولها في البيع قبل التأبير النص على خلاف الاصل ولذلك خصها بالذكر بخلاف غيرها من الثمار فانها متى ظهرت لاتدخل

ولا الشجر في رهن الارض وان قال بحقوقها الا مع الشرط وكذا ماينبت بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه أو الراهن أو أجنبي الا أن يكون الغرس من الشجر المرهون وفي دخول الأس تحت الجدار والمغرس تحت الشجر واللبن في الضرع والصوف المستجز على ظهر الحيوان (متن)

في عقد مطلقا الا مع الشرط ونبه به أيضا على خلاف بعض العامة حيث أدخلها قياسا على البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا الشجر في رهن الارض ﴾ كما في الكتب الستة المتقدمة لما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قال بحقوقها ﴾ كما في التذكرة وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك لانه لا يعد من حقوقها لغة ولا عرفا وتردد في الشرايع مما ذكر ومن توهم كون الشجر من حقوقها كما فهمه الشيخ رحمه الله في المبسوط وقد سبق مثله في البيع وفي (التذكرة والمسالك) انه لو قال بجميع ما اشتملت عليه أو نحوه دخلت على الظاهر وفي جامع المقاصد لم يبعد الدخول حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا مع الشرط ﴾ لا اشكال في الدخول مع الشرط كما في (جامع المقاصد) وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا ماينبت بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه أو من الراهن ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والتلخيص وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلام الدروس لعدم دخوله فيها ولا يعد ذلك نماء الارض حتى يجيء فيه الخلاف في النماء المتجدد ولهذا خصه بالذكر ومنه يعلم حال الاجنبي اذا غرسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا ان يكون الغرس من الشجر المرهون ﴾ فانه رهن كما في السرائر وجامع المقاصد والمسالك لانه لا اشكال في بقائه على ما كان لا أنه تجدد له الدخول وهل يتوقف غرسه حينئذ على اذن المرتهن يحتمل ذلك لانه تصرف في الرهن وانتفاع به فيتوقف على اذنه وعدمه لانه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدواء وقد تقدم ولو كان الغرس من غير المرهون او كان منه واضر بالارض فلا ريب في توقفه على اذنه واطلق في الدروس المنع من الزرع وان لم تنقص به الارض حسما للمادة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي دخول الأس تحت الجدار ﴾ الأس بالضم اصل البناء كما في الصحاح والقاموس والمصباح المنير ومجمع البحرين وكذا الاساس وقال السيد في حواشيه له تفسيران (الاول) ما هو مستور من الحائط ووجه دخوله دلالة اللفظ عليه بالتضمن ووجه عدمه عدم تعلق الاشارة الحسية ظاهرا به (والثاني) انه موضع الاساس ووجه الدخول دلالة اللفظ عليه بالالتزام ووجه عدمه عدم دخوله في مسمى اللفظ والتفسير الثاني اصح والفائدة تظهر لو انهدم الحائط فهل يبقى الأس على الرهن ام لا انتهى وفي (جامع المقاصد) بعد نقل ذلك عنه الاصح على الاول الاول وعلى الثاني الثاني وتردد المصنف في المغرس يشعر بان المراد بالاس موضع الاساس اذ يبعد تردده في دخول بعض الجدار ولان الموضع سبيه بالمغرس وحكم في التذكرة وغاية المرام بعدم دخوله بناء انه الموضع ولم يرجح في الايضاح مع انه فهم من الأس الموضع ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمغرس تحت الشجرة ﴾ حكم في التذكرة وغاية المرام بعدم دخوله وهو قضية كلام جامع المقاصد ولم يرجح في الايضاح ﴿ قوله ﴾ ﴿ واللبن في الضرع ﴾ لا ترجيح في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد للتردد في انه جزء نظرا الى انه من جملة رطوبات البدن وان العادة قاضية باخذه وكونه مقطورا اليه بخصوصه فلا يكون داخلا في مسمى اللفظ عرفا ومثله يأتي فيما لو باع شاة في ضرعها لبن وفي حواشي السيد انه يدخل ﴿ قوله ﴾ ﴿ والصوف المستجز على ظهر الحيوان ﴾ بكسر الجيم لم يرجح في

وأغصان الشجر نظر والاقرب جواز اجبار الراهن على الازالة ولو رهن ما يمتزج بغيره كلقطة من الباذنجان صح ان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية أو بعدها وان لم تميز على رأي (متن)

الايضاح وفي (التحرير وجامع المقاصد) انه يدخل لكونه جزأ حقيقة وانما يخرج عن جزئيته بعد الانفصال واستقر به في موضع من التذكرة وهو قضية كلامه فيها في موضع آخر وفي (المبسوط وحواشي) الشهيد لا يدخل وقد تقدم أن المدار على العرف فان حكم بالدخول والا فالاظهر ما عليه الاصحاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ واغصان الشجر ﴾ لم يرجح في الايضاح وفي (التذكرة والحواشي وجامع المقاصد) انها تدخل والمراد بها ما كان من الاغصان يابسا اوجرت العادة بقطعه من سعف النخل وغيره وفي (حاشية الايضاح) أن الرطب داخل بلا خلاف ولعله اراد فيما لم تجر العادة بقطعه فتأمل والاوراق كالاغصان وما ينفصل منها غالبا فكالذي ينفصل منها غالبا (وقد يقال) ان الضابط انه يدخل في الرهن ما يدل عليه مطابقة وتضمنا من الاجزاء الحقيقية أو العرفية وما لا يمكن وجود المرهون الا مصاحبا له وهو شرط وجوده كما اذا رهن السقف فانه لا يتمكن انفراده عن الحائط فيستحق المرتهن مصاحبته له وأن لم يقل بحقوقه لان الرهن للاستيثاق يتوقف على استمرار وجوده مملوكا وامكان بيعه ولا يتم الا بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز اجبار الراهن على الازالة ﴾ هذا فيما لا يدخل في الرهن من المتجدد وغيره وما اختاره المصنف هنا خيرة الشرائع والمختلف والايضاح وغاية المرام وجامع المقاصد لان ابقاءه في المحل المرهون تصرف فيه وهو ممنوع كما لو وضع متاعه في الدار ولتضرر الاصل بالثمرة لكن هذه تجب ازالتها عند انتهائها عادة كما في الايضاح وغاية المرام وفي (المبسوط والتذكرة) انه لا يجبر على ازالته كذا حكى عن المبسوط في المختلف والموجود فيه وفي التذكرة انه لا يجبر على ازالته في الحال واحتجوا له فيما حكي عنه بالاصل ومنع ان مثل ذلك يعد تصرفا وقد يفرق بينه وبين المتاع بان وضع المتاع منه فهو سبب في بقائه بخلاف ما انبته الله سبحانه وتعالى نعم لو كان ذلك بفعل الراهن فاجباره على ازالته قوي ولا ترجيح في التلخيص والتحرير والكفاية وقال في (الدروس) ليس له الزامه بازالته قبل حلول الدين لعدم تعديه فان احتيج الى البيع قلعه فان بيعا ففي توزيع الثمن ما تقدم في بيع الامة مع ولدها (قلت) هذا الذي نحن فيه اما ان يكون من فعل الله جل ذكره كأن يحمل السيل أو الطير النوى الى الارض البيضاء فينبت او من فعل الراهن فان كان الاول فانه لا يجبر على قلعها في الحال لامكان ان يؤدي الدين من مكان آخر وهذا البقاء لا منه فلا تصرف عرفا فاذا دعت الحاجة الى بيع الارض فان قوم ثمن الارض لو بيعت وحدها بالدين ولم يقلع النخل فذاك وكذا لو لم تف به الا ان قيمة الارض لم تنقص بما نبت فيها فعينها وفيها الاشجار كقيمتها بيضا وان نقصت قيمتها بالاشجار ولم تف بالدين فللمرتهن قلعها لتباع الارض بيضاء الا ان يأذن الراهن في بيعها مع الارض فتباعان ويوزع الثمن عليهما هذا اذا لم يكن الراهن محجورا عليه بالافلاس فان كان كذلك فلا قلع لتعلق حق الغرماء بها فتباعان ويوزع الثمن عليهما فان نقصت قيمة الارض بسبب الاشجار حسب النقصان على الغرماء لان حق المرتهن في ارض فارغة وانما منع من القلع لرعاية جانبهم واما اذا كان بفعل الراهن فاجباره على ازالته قوي كما صرح به جماعة وفي (التذكرة) انه لا يجبر على القلع قبل حلول الاجل فلعله يقضى الدين من غيره فعلى اطلاق المانع من الاجبار والمجيز ليس في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن ما يمتزج بغيره صح ان كان الحق يحل قبل تجدد الثانية او بعدها وأن لم يتميز على رأي ﴾

ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن فيقتص في العمد أو يسترق الجميع او مساوي حقه فالباقي رهن وفي الخطاء ان فكه مولاه فالرهن بحاله وان سلمه فللمجني عليه استرقاقه وبيعه او بيع مايساوي حقه فالباقي رهن (متن)

لا اشكال ولا بحث في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه كما في جامع المقاصد والمسالك لوجود المقتضي وعدم المانع اما مع الاشتباه وعدم التميز ففي المبسوط والتذكره في موضع منها انه لايصح الرهن لتعذر الاستيفاء بسبب عدم التميز ولانه لا يصح بيعه عند الاجل لجهله فلا يصح رهنه ويرد على الاول انه يمكن الاستيفاء بالصلح على ان حصوله غير مقطوع به لامكان التخلف وان الراهن قد يسمح برهن الجميع أو يتفقان على قدر الرهن فان لم يحصل ذلك كله كان القول قول الراهن مع اليمين (ويرد) على الثاني ان المعتبر اجتماع الشرائط وقت الرهن وهي حاصلة وصحة البيع لو سلمت شرطيتها فالمعتبر منها ما كان عند انشاء الراهن لانه وقت اعتبار الشرايط وهي حاصلة ايضا واطبق المتأخرون ممن تعرض للفرع على الصحة ومما صرح فيه بها الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان فيكونان شريكين اما الصحة فلما عرفت من كونه عينا مملوكة صالحة للبيع واخذ الدين منها من غير مانع كسائر الاموال ووجه الشركة وجود موجبها وهو المزج مع عدم التميز فحكمه حكم سائر المشتركات كذلك هذا اذا وقع المزج وعدم التميز بعد القبض واما لو وقع قبل القبض فالاقرب الفسخ والبطلان كما نبه عليه في الدروس وقال في (المبسوط) اذا اشترطا قطعه اذا حدث البطن الثاني صح الرهن ﴿قوله﴾ ﴿ ويقدم حق المجني عليه وان تأخر على حق المرتهن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والدروس والمسالك ومجمع البرهان وهو فحوى المبسوط والخلاف والتحرير وجامع المقاصد لان للمرتهن بدلا ولا بدل للمجني عليه لان حقه متعين في الرقبة وحق المرتهن متعلق بالرقبة وبذمة الراهن فلا يفوت حقه بفواتها ولان حق المجني عليه يتقدم على حق المالك فبالاولى ان يتقدم على حق المرتهن الا ترى لو كان ملكا للمرتهن وجنى كان حق المجني عليه مقدما على حقه ولان حق المجني عليه أقوى ومن ثم كان له الاستيفاء من دون مراجعة المالك وهذا الاخير انما يجري في العمد ولا يستثنى من ذلك الا ما اذا جنى على سيده خطاء لانه لا يثبت له على ماله مال فيبقى حق المرتهن بحاله كما يأتي ﴿قوله﴾ ﴿ فيقتص في العمد أو يسترق الجميع أو مساوي حقه والباقي رهن وفي الخطاء ان فكه مولاه فالرهن بحاله وان سلمه فللمجني عليه استرقاقه وبيعه او بيع مساوي حقه والباقي رهن ﴾ جناية العبد المرهون ان كانت نفسا وأوجبت قصاصا فأمره الى ورثة المجني عليه فان اقتصوا بطل الرهن وكذا ان استرقوا وأن عفوا عنه بقي رهنا لان الجناية لا تبطل الرهن وانما تزاحم عليه الحقوق وأن عفوا على مال فان بذله السيد بقي رهنا ايضا والا بيع العبد وبطل الرهن وان عاد الى ملك الراهن وان اوجبت قصاصا في الطرف ونحوه اقتص منه وبقي رهنا ايضا وأن اوجبت مالا في بعض صور العمد او في الخطاء مطلقا فالامر كما قرر من انه ان فداه السيد بقي رهنا وان استرق او بيع فان فضل منه شيء بقي كذلك والا بطل الرهن ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعذر بيع البعض او انتقصت القيمة به بيع الجميع والفاضل من الثمن عن الجناية يكون رهنا كما لو اضطر الى بيع الرهن وقد ذكر ذلك كله في التذكرة والمسالك واشير اليه في المبسوط وغيره ولو افتكه المرتهن على

ولو جرح مولاه عمدا اقتص منه ولا يخرج عن الرهن وان قتله فللوارث قتله والعفو فيبقى رهنا ولو جرح خطاء لم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص أو الافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب (متن)

ان يكون له الرجوع على الراهن وعلى ان يكون العبد رهنا على مال الفك والدين الاول جاز كما نبه عليه في الدروس وقضية كلام المصنف في المقام ان للمجني عليه في الطرف اذا كان الجاني رقا الخيار بين القصاص والاسترقاق على قدر حقه كلا او بعضا وهو الموافق لاجماعهم ورواياتهم في ان الجاني القاتل اذا كان عبدا كان لولي المجني عليه الخيار بين القصاص والاسترقاق فليكن كذلك في الاطراف وبيان ذلك يطلب مما حررناه في باب القصاص وهذا كله اذا جنى العبد بغير اذن السيد اما لو امره السيد بالجناية فان لم يكن مميزا او كان اعجميا يعتقد وجوب طاعة السيد فالجاني هو السيد وعليه القصاص والضمان كما في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير ونسبه في جامع المقاصد والمسالك الى التذكرة وهو خيرة قصاص المبسوط والشرائع والكتاب والمخالف الشيخ في الخلاف وابن ادريس في السرائر فسقطا فيما اذا كان صغيرا القود عن المأمور والآمر عن الاول لنقصه وعن الثاني لعدم قتله ولا يتعلق برقبة العبد شيء بل يبقى رهنا وان كان السيد معسرا كما في التذكرة وفي (المبسوط) انه احوط واقتصر في التحرير على نقل ذلك عن الشيخ ﴿ قوله ﴾ (ولو جرح مولاه عمدا اقتص ولا يخرج عن الرهن وان قتله فللورثة قتله والعفو فيبقى رهنا ولو جرح خطاء لم يثبت لمولاه عليه شيء فيبقى الرهن بحاله ﴾ قد ذكرت هذه الاحكام على سبيل الاجمال في (المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد ومجمع البرهان) وغيرها وتحريرها أن يقال اذا جنى العبد المرهون على سيده فلا تخلو جنايته اما أن تكون عمدا أو خطأ على النفس أو مادونها فان كانت عمدا على مادون النفس مثل قلع العين وقطع اليد والاذن والجرح الذي فيه القصاص فللسيد القصاص عليه لعموم ادلة القصاص ولانه يجب للزجر والانتقام والعبد احق بالزجر عن سيده بخلاف القطع في السرقة فان القطع يجب بسرقة مالا شبهة فيه والعبد له شبهة في مال سيده وهو غير محرز عنه في العادة فان أراد المولى استيفاء القصاص كان له ولا تبطل الرهانة للاستصحاب والقصاص لايمنع الباقي عن الرهانة فلا يخرج عن الاستصحاب وان أراد العفو على غير مال فكذلك وان أراده على مال ففي المبسوط لا يصح ذلك لانه لايجوز أن يثبت له على عبده مال قال وعلى هذا لو كانت الجناية خطأ كانت هدرا مطلقا ولم احد من خالفه من اصحابنا وان كانت الجناية على نفس سيده عمدا كان للورثة القصاص فان اقتصوا بطل الرهن وفي (المبسوط) كظاهر الكتاب انه ليس للوارث العفو على مال قال لانه لايستحق على ماله مالا وهذا العبد للورثة انتهى ولعله بناء على ان الدية انما تحصل في ملك الورثة بعد الموت والعبد انتقل اليهم بالموت أيضا لكن سيأتي فيما اذا جنى على مورثه ان الاصحاب على ان الدية تنتقل الى المقتول في آخر جزء من اجزاء حيوته فينبغي على التعليل بعدم العفو على مال أنها تكون واجبة عليه لسيده فلا يثبت له على ماله مال كما عرفت فليلحظ فانه دقيق ﴿ قوله ﴾ (ولو جنى على مورث المالك فللمالك القصاص والافتكاك من الرهن فيه وفي الخطاء مع الاستيعاب ﴾ كما في المبسوط والشرائع والارشاد وحواشي الكتاب والدروس وجامع المقاصد والمسالك) تصريحا وفحوى والغرض من العبارات وما كان على نحوها ان ذلك اذا

والمقابل مع عدمه فالباقي رهن ولو جنى على عبد مولاه فكمولاه الا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويبطل حق المرتهن والعفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفا بغير مال فكعفو المحجور عليه ولو أوجبت أرشا فللثاني ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر وفي الخطاء مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه فالباقي رهن (متن)

لم تكن الجناية على الطرف ولم يمت اذ مع ذلك يكون أمره الى المجني عليه وهو في ذلك كالأجنبي كما هو واضح (وبيان الحال) ان العبد المرهون لو جنى على من يرثه السيد كأبيه وابنه فان كانت على الطرف عمدا كان للمجني عليه القصاص في الطرف ويبقى الباقي رهنا كما كان وله العفو على مال ولو كانت خطأ ثبت المال وان كانت على النفس عمدا فللسيد قتله لانه لايخرج عن الجناية على نفس السيد أو الاجنبي والقصاص ثابت فيهما (والحاصل) انه يثبت للسيد ما كان ثبت لمورثه من الحكم قصاصا ومالا فله الاسترقاق في العمد والعفو على مال وبيعه اذا كانت نفسا اما الاسترقاق والبيع فلانه أشبه الملك الجديد له ولان لصاحب الجناية القتل والتملك فله التخليص من الرهن بالاولى ووجه العفو ظاهر وله فكه من الرهن اذا كانت خطأ مع الاستيعاب أو كان المورث قد مات فيما اذا كانت على الطرف قبل الاستيفاء وله العفو فيبقى رهنا وهو ظاهر وقد يوهم هذا انه يجوز الافتكاك اذا جنى خطاء على طرف المولى وجواز الفك في العمد اذا كانت على نفس المولى كما احتمله المولى الاردبيلي وليس كذلك للفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه مع ان الحق للمولى في الموضعين ان الواجب في الجناية على المولى له ابتداء فلا يثبت له على ماله مال وأما الجناية على مورثه فالحق فيها ابتداء للمجني عليه وانما ينتقل الحق الى الوارث من المورث وان كان دية لانها محسوبة من تركته تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه لانها تجب في آخر جزء من أجزاء حيوة المقتول وكما لايمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده لايمتنع انتقاله عنه اليه فيفكه عن الرهن لذلك وقد نبهوا بالفرق على خلاف بعض الشافعية حيث حكم بسقوط المال بانتقاله الى سيده و يبقى رهنا للوجه الذي انتفى لو كان المال للسيد ابتداء ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة شيأ والضمير المجرور في قوله فيه يعود الى العمد ولو قدمه مع جاره على القصاص أو اخره كما في بعض النسخ عن الرهن لكان أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمقابل مع عدمه ﴾ أي له افتكاك المقابل للجناية في العمد والخطاء على المورث مع عدم الاستيعاب والباقي يبقى رهنا ووجهه ظاهر مما سلف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جنى على عبد مولاه فكمولاه الا أن يكون رهنا من غير المرتهن فله قتله ويبطل حق المرتهنين والعفو على مال فيتعلق به حق المرتهن الآخر ولو عفى بغير مال فكعفو المحجور ﴾ اذا جنى العبد المرهون على عبد آخر للمولى فاما أن لايكون مرهونا ويكون وعلى الثاني اما عند غير مرتهن الجاني أو عنده وعلى الاول اما أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وعلى الاول اما أن يقتص أو يعفو على مال أو بدون مال أو يطلق العفو وعلى الثاني أي اذا كانت خطأ فاما أن تكون قيمة المقتول مستوعبة لقيمة العبد القاتل أو مساوية أو أقل وان كان مرهونا عند مرتهن الجاني فاما أن يتحد الحق أو يتعدد فان تعدد فاما أن تتساوى القيمتان و يتساوى الحقان قدرا وجنسا أولا وعلى الثاني فاما أن

تتفق القيمتان ويختلف الحقان واختلاف الحقين اما بالجنس أو القدر أو بهما وأما بالحلول والتأجيل أو بالتأجيل مع التفاوت في الأجل أو ينعكس الامر بان يتفق الحقان وتختلف القيمتان (اذا عرفت هذا) فان لم يكن رهنا كان لسيده أن يقتص منه لان العبد كفو للعبد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس الا أن يكون المقتول ابن القاتل كما في الثلاثة الاخيرة وقد اتفقت الاربعة على انه ليس له أن يعفو على مال ليبيع العبد المرهون ويقتص ثمنه هذا اذا كانت الجناية عمدا وان كانت خطأ لم يثبت المال وكانت هدرا ويبقى العبد القاتل رهنا وان كان العبد المقتول رهنا عند غير مرتهن الجاني وقد قتل عمدا كان للسيد القصاص أيضا كما في الكتب الاربعة لان حق القصاص مقدم على حق المرتهن لان ماأوجب المال مقدم فالقصاص أولى وكان السيد أيضا أن يعفو على مال لحق المرتهن لانه بنفسه لو جنى على عبده المقتول وجب عليه أرش الجناية فبالاولى أن يثبت على عبده فيتعلق المال حينئذ برقبة العبد حق مرتهن المقتول كما في الكتب الاربعة وجامع المقاصد أيضا وان عفى على غير مال أو عفى مطلقا فهل يثبت المال فيه قولان فمن قال ان جناية العمد توجب القصاص ويثبت المال بالعفو كما هو مذهبنا كما في التذكرة صح العفو على غير مال ومطلقا ولم يكن لمرتهن مطالبته بالعفو على مال لان اختيار المال ضرب من الاكتساب والراهن لايجبر على ذلك لحق المرتهن ومن قال ان الواجب أحد الامرين اما القصاص وأما الدية فاذا عفى عن القصاص ثبتت الدية فلا يصح العفو عن القصاص على غير مال وعفوه حينئذ كعفو المحجور عليه بفلس كما صرح به في (التذكرة) فكل موضع يصح فيه العفو من المحجور عليه وهو حيث لايكون المعفو عنه مالا يصح ومالا فلا وحينئذ فلا بد في صحته أي العفو من وقوع العقد على الدية ثم ان ماذكره في التذكرة من أن مذهبنا ان جناية العمد توجب القصاص والمال انما يثبت صلحا انما هو بالنسبة الى الاحرار وأما العبد فانه اذا قتل الحر كان الولي من أولى الامر مخيرا بين استرقاقه وقتله قولا واحدا والاظهر انه كذلك في الاطراف وكيف كان فما نحن فيه ليس من هذا القبيل فليتأمل جيدا جد وان كانت الجناية خطأ وجب المال ومهما وجب المال بالعفو أو كانت الجناية خطأ أو عمدا يوجب مالا ينظر فان كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها فقد قال الشيخ في المبسوط انه يباع لانه ربما رغب فيه راغب فيفضل من قيمته شيء يكون رهنا عند مرتهنه وقال بعض العامة انه ينقل الى يد مرتهن المجني عليه رهنا وينفك من رهن مرتهنه واحتمله في التحرير لانه لافائدة في بيعه والاول أولى كما في التذكرة لان حقه في مالية العبد لافي العين وهو متجه اذ لم يجر الرهن عليها وانما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسبب الجناية وان كان الواجب فيهما أقل من قيمته فعلى الوجه الثاني ينتقل من القاتل بقدر الواجب الى مرتهن القتيل وعلى الاول يباع منه قدر الواجب ويبقى الباقي رهنا فان تعذر بيع البعض أو نقص بالتشقيص بيع الكل وجعل الزائد عن الواجب عند مرتهن القاتل قال في (التذكرة) وهذان الوجهان انما يظهران فيما اذا طلب الراهن النقل وطلب مرتهن القتيل البيع ففي وجه يجب هذا وفي وجه يجاب ذاك اما اذا طلب الراهن البيع ومرتهن المقتول النقل فانه يجاب الراهن لانه لاحق له في عينه (واعترضه) في جامع المقاصد بأنا قد نقول على الوجه الثاني يجاب مرتهن المقتول الى النقل لانه قد تم دليله وهو ان البيع لافائدة فيه فينفك من رهن الاول ويتعلق به حقه حيث اجابته وما علل به من انه لا حق له في عينه وهو دليل الوجه الاول ان تم اقتضى ترجيح الاول على الثاني ولو اتفق الراهن والمرتهنان على احد (الفعلين خ ل) النقلين تعين ولو اتفق

الراهن ومرتهن المقتول على النقل فعند الجويني على ما حكي عنه انه ليس لمرتهن القاتل المناقشة فيه وطلب البيع ومقتضى دليل الاول ان له ذلك كما ذكر ذلك كله في التذكرة وان كان العبد المقتول رهنا عند مرتهن العبد الجاني واختار المالك العفو على الدية وتعلقت برقبة الجاني أو كانت خطأ على ماسبق فللمرتهن أن يتوثق لدين القتيل بالقاتل حيث يتأتى له وتحصل له فائدة (وتفصيل) ذلك أن يقال انه اذا اتحد الحق فالجناية هدر اذ لا توثق ولا فائدة فيه وان تعدد فان تساوت القيمتان وتساوى الحقان قدرا وجنسا فالجناية هدر كذلك لما ذكر الا ان يكون دين المقتول اصح واثبت من دين القاتل كأن يكون مستقرا ودين القاتل عوض شيء يرد بعيب أو صداق قبل الدخول فيحتمل نقله وعدمه ومع النقل يباع ويكون الثمن رهنا او يتفقا على التبقية كما نبه على ذلك كله في المبسوط والتحرير وفي (التذكرة وجامع المقاصد) ان الاصح ثبوت نقل التوثيق فيباع ويقام ثمنه مقام القتيل أو يقام عينه مقامه على الوجهين السابقين وقال في (التذكرة) لو اتفقا على البيع فلا بحث ولو تساوى الدينان في الاوصاف وحكمنا بعدم النقل فقال المرتهن اني لا آمنه فقد جنى فبيعوه وضعوا ثمنه مكانه فالاقرب اجابته دفعا لاحتمال الضرر عنه ووافقه على ذلك في جامع المقاصد وان تعدد الدينان واختلفا بالحلول والتأجيل صح للمرتهن أن يتوثق لدين المقتول بالقاتل لانه ان كان الحال دين المقتول فقد يريد استيفاءه من ثمنه في الحال وان كان الحال دين القاتل فقد يريد الوثيقة للمؤجل ويطالب الراهن بالحال في الحال ومثله لو كانا مؤجلين وأحد الاجلين أطول وان اتفقا حلولا وتأجيلا فاما أن يتفقا جنسا وقدرا أو يختلفا فان اتفقا واختلف العبدان في القيمة وكانت قيمة المقتول أكثر فالجناية هدر لانتفاء الفائدة كما لو تساويا كما مر وان كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القتيل الى دين القتيل وبقي الباقي رهنا بما كان وان اختلف الدينان قدرا لا جنسا فان تساوت قيمة العبدين أو كان القتيل أكثر قيمة فان كان المرهون بأكثر الدينين القتيل فله التوثق بالقاتل لان التوثق لاكثر الدينين في نفسه فائدة مطلوبة بخلاف مالو كان القتيل مرهونا بأقله فلا فائدة في النقل حينئذ وان كان القتيل أقل قيمة وكان مرهونا بأقل الدينين فلا فائدة في النقل وان كان مرهونا بالاكثر نقل من القاتل قدر قيمة القتيل الى الدين الاخير (الآخر خ ل) ويبقي الباقي رهنا وان اختلف الدينان في الجنس فهو كالاختلاف في القدر أو الحلول والتأجيل كما نبه عليه في المبسوط والتحرير وصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وقد جزم في التحرير في هذه المواضع بالبيع وجعل الثمن رهنا ولم يلتفت لاقامة العين أو عصها مقام القتيل ونحوه ما في المبسوط ولعله لانه انما تعلق الارش لحقه لامتناعه لولا ذلك فله حينئذ تحصيل الارش ببيعه خصوصا اذا حصلت فائدة أخرى بالنسبة الى الدين الآخر بأن يطلبه طالب بزيادة لكن هذا انما يدل على انه له بيعه كما في الكتاب وهو المراد من عبارة التحرير قطعا وان أوهم ظاهرها خلاف ذلك (اذا عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فمعنى قوله فكمولاه انه يقتص منه في العمد وتفريع ثبوت قتله للمولى على المستثنى قد قال في جامع المقاصد انه غير جيد لان هذا ثابت على كل حال وأنت خبير بأن المقصود بالذات في التفريع انما هو العفو على مال لكونه محل خفاء فذكر القتل تمهيدا له والمراد بقوله كعفو المحجور عفوا المحجور عليه بالفلس ومعنى قوله ولو أوجبت ارشا فللثاني أن الجناية لو كانت خطأ بحيث توجب الارش فحق الرهانة فيه للمرتهن الثاني حيث ان الجناية مضمونة لحقه فيتعلق الارش المذكور برقبة القاتل ويتعلق به حقه وقوله ولو اتحد المرتهن وتغاير الدين فله بيعه وجعل ثمنه رهنا بالدين الآخر لا يخلو من مناقشة

ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه المرتهن أو أجنبي (وكذا لو أتلفه الراهن خ) ولا يتعلق بها الوكالة ولو صارت البيضة فرخا والحب زرعا فالرهن بحاله واذا لزم الرهن استحق المرتهن ادامة اليد (متن)

لان اطلاق البيع بمجرد المغايرة غير متجه لما عرفت مع قصوره عن تأدية أحكام المسئلة التي ذكرها في التذكرة والتحرير ومثل عبارة الكتاب عبارة الدروس قال ولو اختلف الدينان جاز نقل ماقابل الجناية بدلا من المجني عليه لمرتهنه انتهى فتأمل ومعنى قوله وفي الخطأ مع الاستيعاب والمقابل مع عدمه والباقي رهن انه اذا جنى خطأ فالحكم فيه كالحكم في العمد اذا عفى المولى على الدية اذا استوعبت الجناية فتأتي جميع الأحكام السابقة والظاهر أن قوله مع الاستيعاب قيد فيهما أي العمد والخطأ لافي الخطأ وحده لان جناية العمد قد لا تستوعب وان(١)المرتهن يبيع مقابل الجناية مع عدم الاستيعاب وعن التنقيح في بعض حواشيه ان هذه الزيادة متروكة في بعض النسخ ولعلها أولى بالترك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتعلق الرهن بالقيمة لو أتلفه مرتهن أو أجنبي وكذا لو أتلفه الراهن ﴾ لان معنى الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الدين من قيمته فان جرى عليه شيء بحيث يكون له عوض يكون ذاك هو الرهن وكذا الحكم في القيمة صارت ملكا للمالك لتكون رهنا للمرتهن وان كان العقد انما جرى على العين وكأن الحكم اجماعي اذ لا نجد فيه خلافا وكذا لو جنى عليه أي المرهون فوجب الارش فانه يكون رهنا كالاصل وليس من الزوائد لانه بدل جزء من المرهون وفصل الراهن عن المرتهن والاجنبي لايخفى وجهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تتعلق بها الوكالة ﴾ لاتتعلق الوكالة في بيع العين بالقيمة بل تبطل لانها كانت في العين دون قيمتها ولا دليل على تعلقها بها بخلاف امساك العدل لانها بدل الرهن وله امساك الرهن وحفظه والقيمة قائمة مقامه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صارت البيضة فرخا والحب زرعا فالرهن بحاله ﴾ كما في الشرائع وغيرها لان هذه الاشياء نتيجة ماله ومادتها له فلم تخرج عن ملكه بالتغيير والاستحالات المتجددة صفات حصلت فيها وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكونات متعاقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له قلت هنا مسئلتان (الاولى) انها تبقى على ملك المالك وهذه التغييرات لاتفيد الغاصب ملكا كما هو خيرة الشيخ وجماعة من العامة تنزيلا للعين منزلة التالف فغايته ضمان المثل او القيمة وهو ضعيف جدا والجمهور منا على خلافه وفي (مجمع البرهان) الظاهر عدم الخلاف فيه وكأنه لم يطلع على خلاف الشيخ لانهم يذكرون المسئلة في باب الغصب ويدل عليه رواية عقبة بن خالد قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما أنفقت أله ذلك أم لا فقال للزارع زرعه ولصاحب الارض كرى أرضه والشهرة تجبر السند والدلالة (والمسئلة الثانية) كون الفرخ أو الزرع رهنا للراهن على ما كان الحب رهنا عليه وهذا أيضا كانه مجمع عليه اذ لا مخالف لما أشرنا اليه من أن الزرع في الحب كالسمن في الحيوان فلا مانع وان قلنا ان النماء لايدخل في الرهن على مامر بيانه (وقد يقال) أن متعدد الحب من الزرع يكون رهنا ويكون شريكا كما لو امتزج فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا لزم الرهن استحق المرتهن ادامة اليد ﴾ هذا يوافق أن القبض شرط في صحة الرهن وقد سبق المصنف

(١) عطف على قوله انه اذا جنى (منه قدس سره)

وعلى الراهن مؤنة المرهون وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان ويمنع من قطع السلع (متن)

التردد في ان للمرتهن مطالبة الراهن بالقبض فيؤول بما في جامع المقاصد بأن يراد باستحقاقه ادامة اليد أصل الاستحقاق وان كان غير تام فمن الحق في ذلك لكل من الراهن والمرتهن ولهذا لا يجوز لاحدهما الاستقلال باثبات اليد عليه انتهى وكأنه غير متجه على شيء من الاقوال الثلاثة أو القولين ولا على شيء من الوجهين في بيان الاشكال السالف على اختلاف الاحتمالات والاقوال وقد سلف للمصنف في مقام آخر أن الراهن لا يجبر على الاقباض فلابد من مراجعة ما حررنا في أوائل الفصل الخامس في القبض فانا قد أسبغنا الكلام في أن له المطالبة أم لا وهل تجب اجابته أم لا وبينا الحال في ذلك على جميع الاقوال والاحتمالات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى الراهن مؤنة الرهن (المرهون خ ل) ﴾ حيوانا كان أو غيره كما في (المبسوط) وغيره وقد تقدم (وهو خ ل) وكأنه مما لا خلاف فيه والوجه فيه ظاهر لانه المالك ولما رواه العامة عنه صلى الله عليه وسلم الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ومن طريق الخاصة الظهر يركب اذا كان مرهونا وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي يشرب به نفقته وقد قلنا ان المرتهن ممنوع من التصرف وان المنافع للراهن فتكون نفقته عليه وهل يجبر على هذه النفقة الظاهر ذلك وللشافعي وجهان ثانيهما انه لا يجبر بل يبيع القاضي جزأ من المرهون بحسب الحاجة وانه يلحق بما يفسد قبل الأجل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأجرة الاصطبل وعلف الدابة وسقي الاشجار ومؤنة الجذاذ من خاص ماله ﴾ هذه كلها داخلة في المؤنة ولكنه أراد التنصيص عليها وفي (المبسوط والتحرير والدروس) وغيرها ان له رعي الماشية ومن خاص ماله قيد في الجميع وقد خالف أبو حنيفة في أجرة الاصطبل والبيت وأجرة من يرد العبد من الاباق وما أشبه ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمنع من الفصد والحجامة والختان ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرها وقيد الختن في حواشي الكتاب بكونه في ازمان المعتدل وان لا يحل الحق قبل برئه ولا يحصل بذلك نقص في الثمن قال فله المنع حينئذ ولا يجبر الراهن عليها وكذلك الشأن في المداواة بالادوية التي لا خطر فيها كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك ولا يمنع من انزاء الفحل المرهون ولا من الانزاء على الانثى غير الآدمية عند الشيخ في المبسوط ومنع منهما في التحرير والدروس وحواشي الكتاب وجوزه في التذكرة مافيه مصلحة قال ولا يجوز للمرتهن منعه ولا يجبر الراهن على ذلك ونحوه ماذكره الشهيد وأبو العباس والصيمري والشهيد الثاني حيث قالوا يجوز بما يعود به النفع على المرتهن ان لم يؤد الى النقص وقد تقدم الكلام في ذلك في الكلام على منعهما من التصرف حيث استثنى ذلك وقلنا هناك قد يقال بحصول الاذن في ذلك بالفحوى لكنه خروج عن الفرض فليراجع وقد طفحت عباراتهم بأن له تأبير النخل كالشيخ والمصنف والشهيدين (وأبي علي خ ل) والصيمري وغيرهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنع من قطع السلع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والدروس وغيرها (قلت) المدار على ظن السلامة مع النفع والمصلحة وفي (التحرير) لا يجوز للراهن ضرب الجارية للتأديب وغيره الا اذن المرتهن وفي (المبسوط) اذا ضربه باذنه ومات لم يضمن وان لم يأذن ضمن ويجب أن يقيد هذا بالتأديب المختص جوازه

ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء ويستقر على الغاصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الغاصب هـذا ان جهلوا ولو علموا لم يرجعوا عليه وأحكام الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون والخصم في بدل الرهن الراهن فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن أن يخاصم (متن)

بالمولى لامطلقا لان الامر بالمعروف واجب عموما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو رهن الغاصب فللمالك تضمين من شاء ويستقر الضمان على الغاصب وكذا المودع والمستأجر والمستعير من الغاصب هـذا ان جهلوا ولو علموا لم يرجعوا ﴾ العالم من هؤلاء الاربعة بالغصب غاصب يرجع المالك عليه ان شاء ويستقر الضمان عليه اذا تلف في يده وكذلك الحال في المضارب والوكيل في بيعه وأما الجاهل منهم فلا يستقر عليه ضمان اذا تلف في يده الا المستعير اذا كانت العارية مضمونة بالاصل كالذهب والفضة أو بالشرط لان الجاهـل منهم دخل على انه غير ضامن وان العـين أمانة في يده والمغرور يرجع على من غره كما سيصرح به في باب الغصب وأما المستعير عارية مضمونة فقد دخل على الضمان وقد استقر التلف في يده فيستقر الضمان عليه وقد يحتمل ضعيفا العدم لغروره وليس بشيء لان الضمان غير ناش عن الغصب بل عن كونها مضمونة كما هو ظاهر وأما حال الجاهل منهم باعتبار رجوع المالك عليه فالظاهر منهم في غير موضع كما تقدم مرارا وكما يأتي في باب الغصب ان له الرجوع عليه و به صرح جماعة كالمحقق الثاني في باب العارية وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال في المقام الحق عندنا نعم لكن ظاهر الكتاب في باب العارية انه لا يرجع على الجاهل منهم قال ولو استعار من الغاصب عالما بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت و يستقر الضمان على المستعير ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع الا ان يكون ذهبا أو فضة انتهى وقـد تأول كلامه في جامع المقاصد بان المراد ان مع الجهل يستقر الضمان على الغاصب وليس المراد انه ليس له الرجوع عليه والمودع في العبارة بفتح الدال ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحكام الوثيقة كما تثبت في الرهن تثبت في بدله الواجب بالجناية على المرهون ﴾ أي فيكون رهنا كالاصل فيجعل في يد من كان الاصل في يده من المرتهن أو العدل وهل يكون رهنا من حين ثبوته او بعـد تعيينه احتمالان للثاني انه قبل التعيين دين والدين لا يكون رهنا فاذا تعين صار مرهونا والحالة المتخللة كتخمير العصير وتخلله بعد ذلك وللاول ان المسلم انه لا يرهن انما هو الدين ابتداء وقـد اطلق في المبسوط وغيره ان بدل الرهن رهن وقد سبق مثل هذا واعاده لكونه انص واشمل مع ما فيـه من التمهيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والخصم في بدل الرهن الراهن ﴾ ثم لا أجد فيه خلافا حتى من العامة اذا لم يمتنع عن الخصومه لانه هو المالك لرقبته والارش ملكه وليس للمرتهن الا حق الوثيقـة فان احب المرتهن ان يحضر خصومته كان له ذلك واذا قضى للراهن بالارش تعلق به للمرتهن حق الوثيقة وكذلك العبد المستأجر والمودع الخصم فيهما المالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان امتنع فالاقرب ان للمرتهن أن يخاصم ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد لان حقه متعلق به كما لو كان الجاني سيده فكان له الطلب به والوصول الى تحصيله ولما في منعه من ذلك من الضرر وقـد يظهر من المبسوط والتحرير العدم لانتفاء كونه مالكا فلا يستحق المطالبة (وفيه) ان المدار في استحقاق المطالبة على ثبوت الحق

ولو نكل الغريم حلف الراهن فان نكل ففي احلاف المرتهن نظر فان عفا الراهن فالاقرب أخذ المال في الحال لحق المرتهن فان انفك ظهر صحة العفو والا فلا (متن)

وهو اعم من الملك ومثل امتناعه ما اذا كان غائباً او اخر المطالبة ﴿قوله﴾ (ولو نكل الغريم حلف الراهن) اذ اردت اليمين عليه قولا واحد ﴿قوله﴾ (فان نكل ففي احلاف المرتهن نظر) وفي التذكرة للشافعي قولان كما في يمين الغريم اذا نكل الوارث وفي (التحرير والايضاح وحواشي الشهيد وجامع المقاصد) انه لا يجوز له ان يحلف لان يمين شخص لاثبات مال غيره مما اجمع على عدم شرعيته فالتوصل الى حقه انما يسوغ حيث تكون الوسيلة جائزة شرعا وفرق بينه وبين استحقاق المطالبة لعدم المانع من الثاني وعدم توقفه على شيء بخلاف الاول ووجه الجواز ان حقه متوقف على اليمين وبدونه يلزم الضرر بضياعه فيجوز له اثباته باليمين وقد ظهر وجه ضعفه ﴿قوله﴾ (فان عفى الراهن فالاقرب اخذ المال في الحال لحق المرتهن فان انفك ظهر صحة العفو والا فلا) قال في (التذكرة) ان عفى الراهن لم يصح عفوه وفيه قول ان العفو موقوف ويؤخذ المال حق المرتهن فان انفك يرد الى الجاني وبان صحة العفو والا بان بطلانه انتهى وقد اختاره هنا واستدل عليه في (الايضاح) بأن فيه جمعا بين الحقين وبانه لا مانع الا حق المرتهن فاذا انفك انتفى المانع ثم بين وجه قول المصنف ظهر صحة العفو بان الامور العدمية لا توصف بأنها موقوفة بل تكون مراعاة وما يدل على صحتها كاشف والكاشف هو دليل على سبق العلة المؤثرة التامة واما الموقوف عليه فهو من تمام العلة أعني علة الصحة او اللزوم (قلت) نذر الاعدام المتقرب بها اذا كان معلقا كانت موقوفة ومثال تمام علة الصحة اجازة المالك عقد الفضولي بناء على انها ناقلة ومثال اللزوم اسقاط ذي الخيار خياره وحاصل كلامه بيان الفرق بين المراعى والموقوف بان المراعى يكون وجود ما يتوقف عليه الحكم به كاشفا عن صحته في نفس الامر حين وقوعه والموقوف يكون وجود الموقوف عليه الحكم سببا فالامور العدمية يمتنع ان تكون موقوفة والعفو عدمي لان المقصود منه الاسقاط وهو اعدام ما في الذمة فيكون مراعى انتهى فليلحظ ذلك وليتأمل فيه وقد عبر في التذكرة بأن العفو موقوف وقد قدمنا في الفصل الثالث في العاقد في اوائل الكتاب ماله نفع في المقام وصف استدلال الايضاح في جامع المقاصد بانه لم يتحقق ثبوت حق للجاني الى الآن ليجمع بينه وبين حق المرتهن ومانعية حق المرتهن من صحة العفو تقتضي بطلانه وقت انشائه فكيف تنكشف بعد صحته في حال وجود المانع واورد على ما ذكره من تفسير معنى المراعى والموقوف ورتب عليه ان العفو مراعى أن العفو أما ان يكون سببا تاما اولا فان كان الاول لزم اما تأثيره مع وجود المانع او بطلانه وان كان الثاني لزم كونه موقوفا انتهى (قلت) تقدم ... عتق الراهن على الرهن ثم انفك (فتكم حل) ان الاقرب لزوم العقد ووجهه بان المقتضي له سبب تام غاية ما في الباب ان المانع موجود وهو لا يخل بوجود السبب التام من الراهن الذي هو المالك وهو ينافي ما هنا ثم ان قضية ذلك ان لا يصح عتق الراهن اذا انفك الرهن بعد ذلك كما هو خيرة الشهيد وغيره لكن الظاهر ان اكثر المتأخرين على النفوذ لانه مبني على التغليب فيخرج بذلك عن ذلك ويبقى الحكم هنا هو البطلان لوجود حق المرتهن المنافي لوقوع العفو وقد استوفينا الكلام في العتق وغيره من الايقاعات والعقود اذا اوقعها الراهن وتعقبها الفك والاجازة وانه هل بينهما فرق ام لا وعلى

ولو أبرأ المرتهن لم يصح والاقرب بقاء حقه فان الابراء الفاسد يفسد ما يتضمنه كما لو وهب الرهن من غيره ولو اعتاض عن الدين ارتفع الرهن (متن)

يفرق فيها بين ما تعقبه الفك وبين ما تعقبه الاجازة في اوائل الفصل الثالث في العاقد فليرجع اليه من اراد الوقوف عليه عند شرح قوله فلو بادر احدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقوفا الى آخره وحكى في الايضاح عن المصنف وجها ثالثا وهو صحة العفو وانه يضمن الراهن للجاني مع عدم الفك لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمه غرامته كما لو استعارة للرهن واستتربه المحقق الثاني وهو كذلك وكيف كان فالاصح فيما نحن فيه بطلان العفو وانه له اخذ المال في الحال كما هو خيرة التذكرة كما عرفت والتحرير وجامع المقاصد وينبغي لكل من قال ببطلان عتق الراهن فيما سلف ان يقول به هنا بالاولى لان حق المرتهن متعلق بالعين وارشها وبدلها والراهن ممنوع من التصرفات التي تنافي ذلك لكن الاوفق بالقواعد والموافق لما سلف لنا ان العفو يقع موقوفا اي مراعى كما هو الشان في العقود والايقاعات وربما احتمل عدم جواز اخذ المال في الحال وهو خلاف الاقرب في كلام المصنف لان العفو عنده لا يقع باطلا بل مراعى كما عرفت فاذا وقع العفو ربما نفذ في الواقع وان لم يظهر لنا لتوقف الانكشاف على الانفكاك وعدمه فكيف يؤخذ حق يحتمل ان لا يكون ثابتا في الواقع وضعفه ظاهر لان المقطوع به لا يدفع بالمحتمل اذ حق المرتهن مقطوع به فكيف يترك لامر محتمل هذا على تقدير عدم بطلان العفو والمراد بالمال في عبارة الكتاب ما اوجبته الجناية او الاتلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو ابرأ المرتهن لم يصح﴾ قولا واحدا لانه ليس بمالك للارش فكيف يبرأ منه وصيغته ان يقول اسقطت الارش وابرئت منه اويقول ابرأتك مما في ذمتك وهذا اوفق بلفظ التضمن الذي يأتي في كلام المصنف وعلى الاولين يكون اطلاق التضمن على المجاز والتوسع لان سقوط حقه لازم لصحة الابراء ﴿ قوله ﴾ ﴿والاقرب بقاء حقه فان الابراء الفاسد يفسد ما تضمنه كما لو وهب الرهن من غيره﴾ كما هو خيرة جامع المقاصد لان الابراء فاسد قطعا وقد تضمن سقوط حقه لامتناع بقاء حقه مع صحة الابراء فحيث وقع المتضمن فاسد فالمتضمن كذلك اذ لا يثبت التابع من حيث هو تابع مع انتفاء متبوعه كما هو الشان فيما اذا وهب المرتهن المرهون من انسان فالهبة باطلة والرهن باق ولان سقوط حقه اما ان يثبت بتصريحه والمفروض انه لم يصرح اوباثبات علته كقوله صلى الله عليه وسلم اينقص اذا جف والعلة هنا منتفية اعني ابراء المرتهن لانه باطل او باثبات ملزومه كقوله اعتق عبدك عني فانه يستلزم الملك ولا ملزوم هنا وفي (التذكرة والتحرير) ان الاقرب سقوط حقه من الوثيقة بهذا الابراء ويخلص المأخوذ للراهن كما لو صرح باسقاط حق الوثيقة لان الابراء اذا اقتضى امرين فقد امتنع صحة احدهما لمانع فان الآخر يصح اقتصارا بالبطلان على موضعه ولان ابراءه ابلغ في اسقاط حقه من الصيغة المصرحة به لانه حكم بنفي العلة والحكم بنفيها ابلغ في نفي المعلول وهو تعلق حق الرهانة به من الحكم بنفيه خاصة من دون حكم على علته لانه استدلال بالعلة على المعلول وكان لميا ولعله مال اليه او قال به في الايضاح وانت خبير بان ذلك كذلك اذا كان الابراء صحيحا وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو اعتاض عن الدين بطل الرهن﴾ يبطل الرهن بالقضاء والابراء والحوالة والضمان والاقالة المسقطة لثمن المرهون به والمسلم فيه المرهون وبفسخ الرهن منهما ومن المرتهن وحده وبتلف

ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال أقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه (متن)

المرهون بآفة سماوية ﴿قوله﴾ ﴿ ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا بالباقي على اشكال اقربه ذلك ان شرط كون الرهن رهنا على الدين وعلى كل جزء منه ﴾ لو ادى بعض الدين او ابرأه هو منه بقي كل المرهون رهنا بالباقي لان الرهن رهن على الحق وعلى كل جزء منه نظرا الى غالب الوثايق فان الاغلب تعلق الاغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن كما هوخيرة المبسوط والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس وظاهر السرائر وفي (المبسوط) الاجماع عليه (وقد يحتج) عليه بعد الاجماع وهو الحجة ان التقسيط يقتضي نه اذا تلف جزء من المرهون لا يبقى (الباقي خل) الرهن رهنا على الكل بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل قطعا فكان الشأن فيه كما هو الشان في حق الحبس وعتق المكاتب فانه يبقى ما بقي شيء من الثمن ولا يعتق من المكاتب شيء مابقي المال وكأن المحقق الثاني والمولى الخراساني مترددان حيث لم يرجحا شيئا واختار المصنف هنا وولده في الايضاح التوزيع والتقسيط وقد حكاه الشهيد في حواشيه عن خط المصنف ومال اليه صاحب المسالك لان رهن المجموع بالمجموع يقتضي مقابلة الاجزاء بالاجزاء اذ لا يظهر من مقابلة الجملة بالجملة مقابلة الجملة بالابعاض كما هو مقتضى كل معاوضة كالبيع ونحوه فاذا برأ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه فمن النصف النصف ومن الثلث الثلث وهكذا لان اطلاق المقابلة بين الامرين يقتضي ذلك (وفيه) بعد مخالفته للاجماع المنقول انه يشكل بما أشرنا اليه آنفا من انه اذا تلف جزء من المرهون أن لا يبقى الباقي رهنا على مجموع الدين بل على جزء يقتضيه الحساب وهو باطل اجماعا (وقد يجاب) بما ذكرناه في توجيه الاحتمال الاول من تعلق الغرض باستيفاء الدين كله من الرهن فمرجعه الى دلالة العرف على هذا المعنى فيصير حاصله انه ينفك من الرهن مقابل ما أدى من الدين فاذا تلف مثلا نصف الرهن بعد الاداء لمقابله كان نصف الباقي رهنا ونصفه طلقا ولا كذلك لو تلف نصفه قبل أداء شيء من الدين فان الباقي كله رهن على جميع الدين وهذا لم يذكره الشهيد في الدروس وهناك احتمال ثالث نسبه في المسالك الى المصنف في القواعد وقد يلوح من أول كلام الايضاح انه خيرة الكتاب لكنه في آخر كلامه صرح بما حكيناه عنه وفهمناه من عبارة الكتاب لكن الشهيد في الدروس لم يذكر الا هذا الاحتمال ولا احتمال الاول وظاهره ان في المسئلة قولين لا غير عكس مافي جامع المقاصد حيث لم يتعرض له أصلا وانما ذكر الاول والثاني (وكيف كان) فهو أن الرهن انما وقع في مقابلة مجموع الدين من حيث انه مجموع فاذا ارتفع بعض الدين بأحد الاسباب ارتفع المجموع ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزء من الدين وان قل وهو كما ترى يخالف العرف والمعروف في الوثايق وعلى تقدير صحته لو بذل الراهن شيئا من الدين ففي وجوب قبوله في غير مايلزم منه نقص المال كمال السلم وثمن المبيع نظر من أدائه الى الضرر بالانفساخ ومن وجوب قبض بعض الحق في غير ماذكر ويمكن أن يلحق هذا الفرد بنقص المالية فان ابطال الرهن موجب للنقص خصوصا مع اعسار الراهن فيؤدي الى الضرر المنفي ويجيء هذا الاشكال فيما اذا شرط في متن عقد الرهن أن يكون كذلك ويحتمل قويا حينئذ وجوب القبول تعدية الشرط وقد علم ان هذا كله اذا أطلق أما اذا شرط كونه رهنا على المجموع لا على كل جزء منه فهو شرط

ولو رهن عبدين فكل منهما رهن بالجميع الا أن يتعدد العقد والصفقة أو مستحق الدين أو المستحق عليه (متن)

كونه رهنا على كل جزء لزم الشرط قولا واحدا اذ لم أجد فيه متأملا ولا مخالفا بل في جامع المقاصد انه لانزاع فيه وكذا لو شرط أن يكون كل جزء رهنا في مقابلة كل جزء وان لم يذكروه وقد تقدم في أول الفصل الثالث في العاقد ماله نفع تام في المقام ويبقى الكلام فيه في جامع المقاصد من انه قد يتوهم عدم افتاء المصنف نظرا الى أن المذكور في كلامه هو الحكم مع الاشتراط ولا نزاع فيه لان النزاع مع عدم الشرط وليس كذلك لان الاقرب يقتضي الفتوى اذ لايتطرق الاحتمال مع الشرط انما يتطرق بدونه [illegible] ومن [illegible] يسهل بخلاف ذلك وكثيرا مايقول في معقد الاجماع انه أقرب وله وجوه آخر وهو انه قد يكون متأملا في صحة الشرط للزوم التناقض فيه ظاهرا مع مخالفته لمقتضى المعوضات كما عرفت [illegible] قوله [illegible] ﴿ولو رهن عبدين فكل منهما رهن بالجميع﴾ الموافق لمذهبه هنا أن يكون هذا بناء على اشتراط ذلك وعليه فالاولى الاتيان بالفاء ولا (يحصل ح ل) تظهر حينئذ فائدة الاستثناء لامكان الاشتراط في المستثنى [illegible] فالتأمل ويحتمل أن يكون ذلك [illegible] مع الاطلاق [illegible] رهن الجميع بالابعاض [illegible] قوله [illegible] ﴿الا أن يتعدد العقد والصفقة﴾ [illegible] رهن نصف العبد مشتركة مثلا في صفقة ونصفه الآخر في صفقة أخرى فانه اذا قضى دين أحد الصفقتين خرج ذلك النصف عن الرهن وبقي الآخر رهنا بدينه المختص فظهر أن المراد بالصفقة دينه المرهون به واقتصر في التذكرة في المقام على ذكر تعدد العقد ولم يذكر الصفقة ومثل له بما ذكرنا [illegible] ذكر الصفقة عطفا له [illegible] وكما في مستحق الدين والمستحق عليه ولعل ذلك [illegible] مع تحد [illegible] المرهون [illegible] لايقتضي أن لايكون كل من الرهنين رهنا بذلك الدين بخلاف مستحق الدين ومستحق عليه [illegible] تعددهما [illegible] من ذلك أن المدار على تعدد الصفقة (١) ولا [illegible] تعدد العقد [illegible] مع تعددها (٢) وظاهر العطف بالواو يشعر باعتبارهما الا أن يقال [illegible] المتعدد [illegible] في حواشيه [illegible] تعدد العقد بما اذا قال رهنتك هذين العبدين [illegible] هذا على [illegible] قال [illegible] وهذا [illegible] أهل المعاني [illegible] ولعله حاول [illegible] لا يكون كل [illegible] رهنا بذلك الدين (رفيه) أن هذا مما [illegible] تعدد الصفقة بما اذا رهن كل عبد في صفقة [illegible] ولاالواو [illegible] قوله [illegible] ﴿أو مستحق [illegible]﴾ [illegible] الكلام فيه في [illegible] عقد [illegible] شرح قوله ولو تعدد المرتهن واتحد [illegible] في التشبيه مع خلاف الدين اشكال فان وفى [illegible] تقدم الكلام فيه في [illegible] ثم قضى أحدهم صارت حصته طلقا الى آخر كلامه ولم تعرض [illegible] في قريبا [illegible] قوله [illegible]

---

(١) أي الدين (منه) (٢) الاقسام أربعة [illegible] معلوم [illegible] (منه قدس سره)

ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال اما لو تعلق الدين بالتركة وأدى أحدهما نصيبه فالاقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي هنا واذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون فأراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون أولا كالعبيد (متن)

﴿ولا اعتبار بتعدد الوكيل ولا المالك في المرهون المستعار من شخصين﴾ لان الوكيل وان تعددت يده يد الموكل وكذا لو تعدد المعير مع اتحاد الراهن لان الانتفاع بالعين المستعارة في جعلها رهنا حق الراهن والمخالف في ذلك الشافعي في أحد قوليه فانه قال في أحد القولين لو كان لاثنين عبد فاستعاره واحد ليرهنه ثم أدى نصف الدين عن نصيب أحدهما عينه انفك كما لو رهن رجلان من رجل ثم أدى أحدهما نصيبه فقد نظر الى تعدد المالك وقطع النظر عن المستعير العاقد وهذا قد احتمله في التحرير وعليه فان علم المرتهن تعدد المالك فلا خيار والا احتمل ثبوته وعدمه ﴿قوله﴾ ﴿ولو دفع أحد الوارثين نصف الدين لم ينفك نصيبه على اشكال﴾ هذا أيضا تقدم الكلام فيه في الفصل المشار اليه ورجحنا هناك عدم الانفكاك لان الرهن في الابتداء انما صدر من واحد وقضيته على المختار حبس كل المرهون الى أداء كل الدين واحتمال الانفكاك ملحوظ فيه ان الشأن فيه الآن كما لو رهن في الابتداء اثنان وكيف كان ولا اشكال من المصنف لعله في غير محله بل اختياره انه مع الاشتراط يكون الرهن رهنا بكل جزء وبدونه على ما يقتضيه التقسيط اذ مع الاشتراط لا ينفك قطعا وبدونه بمقتضى التقسيط يلزم الانفكاك وفي (حواشي الشهيد) أن هذا مبني على ما تقدم وهو انه رهنه على الدين وعلى كل جزء منه ﴿قوله﴾ ﴿أما لو تعلق الدين بالتركة فأدى أحدهما نصيبه فالاقرب انفكاك حصته اذ لا رهن حقيقي﴾ يريد أنه لو مات من عليه الدين وتعلق الدين بتركته فقضى بعض الورثة حصته من الدين فالاقرب انفكاك حصته لان تعلق الدين بالتركة ان كان كتعلق الرهن فهو كما لو تعدد الراهن على انه لا رهن في الواقع وان تعلق الدين بها أضعف من تعلق الدين بالرهن وهذا يمنع الراهن من التصرف اجماعا بخلاف الوارث ففيه خلاف والاصح منعه أيضا كما بيناه فيما تقدم وان كان كتعلق الارش بالجاني فهو كما لو جنى العبد المشترك فأدى أحد الشريكين نصيبه فانه ينقطع التعلق عنه واحتمل العدم يبنى على ما اذا أقر أحد الورثة بالدين وأنكر الباقون فعلى القول بأنه يجب على المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة لا تنفك وعلى القول بأنه لا يجب عليه ذلك كما هو مذهبنا تنفك حصته وقد تقدم الكلام في المسألة أيضا في الفصل المشار اليه ﴿قوله﴾ ﴿واذا انفك نصيب أحد مالكي المرهون وأراد القسمة قاسم المرتهن بعد اذن الشريك سواء كان مما يقسم بالاجزاء كالمكيل والموزون أولا كالعبد﴾ اذا اتحد المرتهن وتعدد الراهن فلو أراد القسمة من انفك نصيبه من الراهنين ففي (المبسوط والتذكرة) انه ليس له أن يطالب المرتهن بالقسمة بل المطالب الشريك وانه لا يجوز للمرتهن أن يقاسمه الا باذن الشريك ونحوه ما في التحرير ووجهه أن حق المرتهن تعلق بعين الراهن فقط وتمييز ملكه عن ملك الشريك انما يكون برضاهما ولا دخل للمرتهن في ذلك مع ان له من القسمة ما ... ورضي

وإذا قال المالك بع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم اقبضه لنفسك فالاقرب صحة الجميع لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لان قوله ثم استوف لنفسك يقتضي الامر بتجديد فعل (متن)

به الشريكان توقف على رضا المرتهن ثم انه جوز في المبسوط أن يقاسمه المرتهن وان لم يأذن الشريك اذا كان الرهن من المكيل والموزون وقد نبه المصنف هنا على خلافه بقوله سواء كان مما يقسم بالاجزاء الى آخره لكنه قال في (المبسوط) ان الاحوط أن لا تجوز القسمة الا برضاه في كل شيء وأما في صورة العكس كما اذا تعدد المرتهن واتحد الراهن وقد وفى أحدهما طلب القسمة أجيب حيث لا ضرر على المرتهن الآخر والا أقر رهن في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه أمانة والمقاسمة هنا بين المالك والمرتهن كما تقدم بيان ذلك كله في الفصل الثالث ومما ذكر يعرف الحال فيما اذا تعددا أي الراهن والمرتهن ﴿قوله﴾ ﴿وإذا قال المالك بع الرهن لي واستوف الثمن لي ثم اقبضه لنفسك فالاقرب صحة الجميع﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد لان كلا منهما جائز مع الانفراد فكذا مع الاجتماع اذ لا مانع وقد تقدم الكلام في مثله في باب البيع في الفصل الثاني في التسليم عند شرح قوله لو قال اشتر به طعاما واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك صح الشراء وفي القبض قولان وقد استوفينا الكلام هناك وبينا أن القبض صحيح واستدللنا عليه بالاخبار وقلنا ان المخالف الشيخ والقاضي لانه لا يجوز أن يتولى طرفي القبض وان المتردد صريح الشرائع وظاهر الكتاب هناك والتحرير والايضاح ﴿قوله﴾ ﴿لكن لا يكفي في الاستيفاء لنفسه مجرد الامساك بل لا بد من وزن جديد أو كيل لان قوله ثم استوف لنفسك يقتضي الامر بتجديد فعل﴾ كما في التذكرة لانه عبر بالاستيفاء لا بالاقتضاء قال لان قوله ثم استوفه لنفسك يستدعي حدوث فعل ولا بد من اذن جديد فقد زاد اعتبار الاذن أيضا وقال في (الدروس) لدلالة اللفظ عليه وزاد عبارة المال فيما ينقل (قلت) ومثله لو قال ثم امسكه لنفسك فيما ذكروه ليس كلمة ثم والا لزم انه لو قال واستوف بدون ثم لم يحتج الى التجديد ولا ... الاستيفاء والقبض والا لزم انه لو قال وليكن وفاء لك أو عوضا عن دينك أو نحو ذلك لم يحتج الى التجديد أيضا وظاهر الكتاب ان المنشأ هو الاذن الصادر بصيغة الامر ... فصار ... وأنت مأذون بأن تتصرف فيه من قبل دينك أو قد جعلته وفاء لك ونحو ذلك لا يحتاج الى تجديد ولعله أراد ان المنشأ هو الاذن في الاستيفاء والقبض بناء على أن الكيل والوزن يجبان في المكيل والموزون من حيث كونهما قبضا يترتب عليهما ما يترتب على القبض الذي هو ... الاخذ باليد فلا يكفي الاعتبار السابق كما هو مذهب جماعة وقد استوفينا الكلام فيه في باب ... ويساعده الحاجة الى ذلك واستندنا في ذلك الى الاخبار وكلام الاصحاب ... وينبغي زيادة النقل في العبارة كما في الدروس ولعله ... شرط في صحة البيع في تحقق القبض فتأمل في ذلك واحتمل في الدروس الاكتفاء ... كما في المرتهن والمودع والغاصب والمستعير (قلت) وقد ... صرح قوله ... يكفي ... كان في يد المرتهن لم يفتقر الى تجديد قبض ولا

ولو قال بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الرهن لكن ماقبضه يكون مضمونا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ولو قال بعه لنفسك بطل الاذن لانه لا يتصور ان يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح

﴿الفصل السابع في التنازع﴾ لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه (متن)

مضي زمان يمكن فيه ماله نفع في المقام وقال في (جامع المقاصد) في كلام المصنف نظر للمنع من كون الاذن في الاستيفاء أمرا بتجديد فعل ولو سلم فاثبات اليد في كل زمان متجدد فعل جديد ولو سلم انه ليس كذلك فلا يتعين للفعل الجديد الكيل في المكيل والوزن في الموزون انتهى فليتأمل فيه جيدا ﴿ قوله ﴾ (ولو قال بعه لي واقبضه لنفسك صح البيع دون القبض لانه لم يصح قبض الراهن ﴾ هذا كله حكاه عن الشافعي في التذكره واختار هو فيها صحة القبض لانه يتضمن التوكيل وفي (الدروس) الاقرب جوازه لنفسه باذنه وان لم يقبضه الراهن وان كان مكيلا او موزونا اوطعاما ولو كان غير مقدر بهما فالظاهر انه لا اشكال فيه لصحة بيع ذلك قبل قبضه عندنا بغير اختلاف وفي (جامع المقاصد) ان قبض الراهن ليس شرطا لصحة البيع ولا لملك الثمن فبمجرد البيع يملك الراهن الثمن واداء الدين بما يملكه الراهن صحيح (قلت) ان كان الثمن مشخصا فبمجرد البيع يملكه الراهن وان كان في الذمة فبمجرد البيع يملك عليه امرا كليا في الذمة فاذا قبضه لنفسه فهو باق على ملك المشتري فكان قوله اقبضه لنفسك بمنزلة بعه لنفسك فلا بد من التنزيل على التوكيل كما هو الشأن في اذا أمره يبيعه في بلد بعيد عن بلده فان قوله له حينئذ اقبضه لنفسك توكيل له في قبضه عنه وامر له بالاستيفاء وقد قلنا انه يتحقق القبض في المكيل من دون كيل ومعنى قوله لم يصح قبض الراهن انه لم يحصل قبضه وقبض المرتهن فرع عليه ﴿ قوله ﴾ (لكن ماقبضه يكون مضمونا عليه فان القبض الفاسد يشابه الصحيح في الضمان ﴾ معناه انه اذا قبضه لنفسه وكان القبض فاسدا اقتضى الضمان لكونه قصد دخوله في ملكه المستلزم انه اذا تلف يكون منه وهذا القدر يكون هو المراد من الضمان بالقبض الصحيح ﴿ قوله ﴾ (ولو قال بعه لنفسك بطل الاذن لانه لايتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه ولو قال بع مطلقا صح ﴾ المخالف في الاول الشافعي في أحد قوليه لان السابق الى الفهم من الامر بالبيع أن يبيع الانسان لغرضه وهو التوسل الى قضاء الدين فيلغى قوله لنفسك وله في الثاني احتمالان أصحهما صحة الاذن والبيع ووقوعه للراهن كما لو قال لاجنبي بعه وهو الذي صرح به أصحابنا الذين تعرضوا له تنزيلا للمطلق على الصحة والثاني المنع لان البيع مستحق المرتهن فتقييد الاذن [illegible] ولانه متهم في ترك النظر [illegible] للوصول الى الدين وهو كما ترى ظاهر الفساد لانه لو باعه [illegible] لانتفى [illegible] الاستحقاق والتهمة والثاني على الثاني ﴿ الفصل السابع في التنازع ﴾ ﴿ قوله ﴾ (لو اختلفا في عقد الرهن قدم قول الراهن مع يمينه ﴾ لانه منكر بجوانبه الثلاثة لانه لا يترك ويوافق قوله الاصل بجوانبه الثلثة والظاهر بجنبيه لانه [illegible] والظاهر انه لا يخل بواجب وقد يكون هذا أصلا والظاهر براءة ذمته والظاهر ان الحكم محل وفاق وتركه الجمع لظهوره حتى لو كان [illegible] ظاهر كأن تكون العين في يد المدعي ويحصل الاختلاف المذكور أعني الاختلاف في [illegible] [illegible] هو المراد هنا

ولو ادعى دخول النخل في رهن الارض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس وأصر جعل ناكلا وردت على المرتهن اليمين وان عدل الى نفي الرهن حلف (متن)

لان الاختلاف في أحواله سيأتي فان القول قوله أيضا لان اليد لادلالة لها على الرهن على الملك(١) ولهذا لا تجوز الشهادة بها على الرهن ولا يكون من قبيل ما لو ادعى الزوج الاتفاق على الزوجة مع اجتماعهما ويساره وأنكرته فمعه الظاهر ومعها الاصل ثم انا اطلعنا على التذكرة فوجدناه قال لو اختلفا في أصل العقد فقال رب الدين رهنتني بكذا وأنكر المالك كان القول قول الراهن مع يمينه سواء كان الشيء المدعى هنا رهنا في يد الراهن أو المرتهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى دخول النخل في رهن الارض قدم قول الراهن في انكار الدخول والوجود عند الرهن فان كذبه الحس وأصر جعل ناكلا وردت على المرتهن يمين وان عدل الى نفي الرهن حلف ﴾ فسر العبارة في جامع المقاصد بان المرتهن ادعى دخول النخل في عقد الرهن الجاري على الارض فان أنكر الراهن الدخول فالقول قوله بيمينه وكذا لو أنكر وجود النخل في وقت رهن الارض فان ذلك كاف في الجواب لاستلزامه نفي رهنه انتهى فقد جعل انكار الوجود وانكار الدخول من سنخ واحد كأن يكون قال له انك قلت رهنتك الارض وما فيها فقال له في انكار الدخول انما قلت رهنتك الارض فالنخل ليس بداخل وفي انكار الوجود لايجيب الا بأن النخل لم يكن موجودا (قلت) قد يكون المراد في انكار الدخول مافهمه الشهيد في حواشيه بأنه قال نعم قلت رهنتك الارض وما فيها لكن النخل لم يكن موجودا فلم يكن داخلا على مافهمه المحقق المذكور انه أنكر العقد على النخل وعلى مافهمه الشهيد انه انما أنكر الوجود لا العقد ويبتني على التفسيرين ان الحس لو كذب الراهن وأصر على انكار الوجود لايحتاج الى جعله ناكلا ورد اليمين على المرتهن فلا مناص عما حكاه الشارح عن الشهيد من احتمال عدم اليمين [illegible] كذب [illegible] كما [illegible] او كذب الحس دعوى المرتهن الدخول انتفت دعواه ولا حاجة الى اليمين وعلى تعبيره لا [illegible] من اليمين لانها حينئذ لثبوت رهن النخل ولا يلزم من الكذب في عدم الوجود الكذب في عدم الدخول ولعل الذي دعاه الى ذلك تصحيح عبارة المصنف والا فعلى مافهمه الشهيد لا يتضح وجه قوله فان كذبه الحس وأصر جعل ناكلا ولا يصح قوله وان عدل الى نفي الرهن حلف لان معناه انه اذا عدل عن الاصرار على الجواب بانه لم يكن موجودا الى دعوى اني لم أقل رهنتك الارض وما فيها يكون عدولا الى نفي الرهن كما قال في انكار الدخول ومن المعلوم ان هذا لا يصح منه بعد [illegible] انه رهنه [illegible] فيمكنه حينئذ لا معنى لتقييده قول المصنف وان عدل الى نفي الرهن حلف [illegible] انما يصح [illegible] اذا لم يسبق منه ماينافيه فان سبق ماينافيه كأن أقر بانه رهنه الارض وما دار عليه [illegible] سلا فانه لايحلف حينئذ لدخول النخل بمقتضى القطع بوجوده وقت العقد انتهى وهذا ينقض [illegible] وبشيد بصحة كلام الشهيد فتأمل جيدا ولعل الاصح أن تحمل العبارة على ان المدعي ادعى [illegible] قال رهنتك الارض وما فيها فان وافقه الراهن كان النخل داخلا ولا حاجة الى الاحلاف ولا يسمع انكاره فيه [illegible] وان أجاب بأنها لم تكن موجودة واقتصر على ذلك طولب بجواب دعوى الراهن فان أصر على انكار الوجود المعلوم كذبه فيه جعل ناكلا فان رجع الى نفي الرهن حلف لانه لايلزم

(١) كذا وجد الظاهر ان صوابه بل على الملك (مصححه)

ولو ادعى عليهما رهن عبدهما فلاحدهما اذا صدقه أن يشهد على الآخر ما لم يجر نفعا بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ولو كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه لم تقبل شهادتهما لزعمه أنهما كاذبان (متن)

من كذبه في نفي الوجود كذبه في نفي الرهن ويكفي في انكاره انكار الوجود لانه تضمن انكار مايدعيه المرتهن وهو رهن النخل مع الارض ويكون ذلك ردا على قول بعض الشافعية من أنه لابد من انكار الرهن صريحا ولا يخفى عليك مابين هذا التفسير وتفسير الشارح من الفرق لانه جعل كلام المصنف محتملا لما اذا أقر انه رهنه الارض وما فيها ولما اذا لم يقر ولهذا قيد قوله وان عدل الى آخره بما سمعت وعلى مافهمه الشهيد يكون كلام المصنف ساقطا وعلى ماحرره الشارح يكون كلامه ككلام المصنف متناقضا ﴿قوله﴾ ﴿ ولو ادعي عليهما رهن عبدهما فلأحدهما اذا صدقه ان يشهد على الآخر مالم يجر نفعا بان يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه ﴾ لو ادعى انسان على اثنين أنهما رهنا عبدهما بمائة واقبضاه فان أنكرا الرهن فقط أو الدين والرهن جميعا قدم قولهما كما تقدم ولو صدقه أحدهما خاصة فنصيبه رهن بخمسين والقول في نصيب المكذب قوله مع يمينه فانشهد المصدق للمدعي على شريكه المكذب قبلت شهادته اذا انتفت شبهة جلب النفع لعدالته وانتفاء تهمته فان شهد معه آخر أو حلف ثبت حقه والمراد بجر النفع أن يرجع بشهادته مدعيا و بدفع الضرر أن يعود منكرا والمتصور الغالب في المقام في جلب النفع أن يشهد بالرهن على الدين وعلى كل جزء منه عكس ماهو المعروف فيما اذا تعدد الراهن لان الحكم فيما اذا تعدد الراهن واتحد المرتهن أن يقابل المجموع بالمجموع ومقابلة المجموع بالمجموع تقتضي مقابلة الابعاض بالابعاض فينصرف رهن كل منهما الى دينه حذرا من ارتكاب خلاف الاصل لان رهن ملك انسان على دين غيره خلاف الاصل هذا اذا أطلقا ولم يشترطا وأما اذا اتحد الراهن فان الرهن يكون على الدين وعلى كل جزء منه مالم يشترط خلافه كما تقدم بيانه عند شرح قوله ولو أدى بعض الدين بقي كل المرهون رهنا وفي اول الباب ووجه جر النفع اذا تعدد بذلك انه يصير مال كل منهما رهنا بكل جزء من اجزاء الدين فيكون سهم الآخر من العبد رهنا بما عليه من الدين وفي ذلك من جر النفع والارفاق مالا يخفى ولما كان ذلك كذلك اتى المصنف بعبارة تفيد الحصر و بذلك يندفع اعتراض جامع المقاصد عنه حيث قال ولا ينحصر جر النفع فيما ذكره فالأولى ان يعبر بعبارة لا تقتضي الحصر فيقول كأن ونحوه انتهى وانت قد عرفت وجه الدفع بان ذلك لما كان هو المتصور غالبا في المقام كان كأن الامر محصور فيه وكل مقام يؤتى فيه بما يناسبه والامر لم يعترض عليه بعدم ... شهادة لا تنحصر في عدم جر النفع ... في عدم التهمة و ... قسم التهمة ستة وهي ... والعداوة والعقل والخرص ودفع ... المكذب ومنه جر النفع ... قوله ... كذبه كل منهما عن نصيبه وشهد على شريكه لم تقبل شهادتهما لزعمه انهما كاذبان ﴾ هذا حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية قال لان المدعي اذا نسب شاهده الى الفسق منع من قبول ... له ويحكي عن ... القبول وانه يحلف لكل منهما يمينا ويقضي له برهن الجميع لانهما ربما نسيا او ... شبهة فيما يدعيه وبالجملة انكار الدعوى لا يثبت فسق ... المدعى عليه ولان التكذيب ... لا توجب

ولو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ماينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وحلفا عن الرهن أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع (متن)

غير الله لوجدوا فيه اختلافا كثيرا (وعساك تقول) ان لقول الاستبصار نظائر منها ان من استودع شخصا مالا فتلف فقال صاحب المال هو قرض في ذمتك وقال الآخر هو امانة فان مقتضى الاصل الذي اعتمد نحوه تقديم قول مدعي الامانة لان صاحب المال يدعي امرا زائدا وهو اشتغال الذمة والاصل عدمه والحال ان الاخبار جاءت بان القول قول مدعي القرض وان مدعي الوديعة يكلف البينة (قلت) هذه الاخبار ايضاً موافقة لاصولنا لان الاصل في المال ان لايخرج عن يد مالكه الا بقوله فلو ادعى المالك الغصب وادعى الآخر العارية أو الاستيداع أو الاستيجار قدم قول المالك وكذا لو ادعى المالك الاجارة بعد انتفاع من هي في يده بها وادعى الآخر العارية هذا ولابن حمزه في الوسيلة فيما نحن فيه قول بالتفصيل وهو انه اذا اعترف صاحب المتاع بالدين كان القول قول خصمه وان لم يعترف بالدين كان القول قول صاحب المتاع مع اليمين ولابي علي تفصيل آخر وهو انه أن اعترف القابض للمالك بكونه في يده على سبيل الامانة ثم صار رهنا فالقول قول المالك وان ادعاه ابتداء فالقول قول خصمه ولا حجة لهما الا الجمع بين الاخبار على ما قيل وهو فرع التعادل مع عدم قيام شاهد على الجمع وظهور الحال في الصورة الاولى لابن حمزه لا تجدي في مقابلة الاصول والادلة واعلم ان المراد بقول المصنف احدهما هو المستودع بقرينة ما بعده وبعدم الفائدة لو كان غيره فلو ابدله به لكان اصح واوضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال الرهن العبد فقال بل الجارية بطل رهن ما ينكره المرتهن وحلف الراهن على الآخر وخلصا عن الرهن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والدروس واللمعة وتعليق الارشاد وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان اما بطلان رهن ما ينكره المرتهن فلان الرهن المحض حق المرتهن ومصلحته فاذا ما اراده وأنكره يبطل بمجرد انكاره وايضاً فان الرهن جائز من طرفه فاذا نفي رهن العبد انتفى عنه ولم يحتج الى اليمين وأما حلف الراهن لنفي مايدعي به من رهن الجارية فواضح وفي (الارشاد) انهما يتحالفان ورده المحقق الثاني في تعليقه بمثل ما قلناه في توجيهه واعتذر عنه في مجمع البرهان بأنه قد لا يبطل بمجرد الانكار لان العقد الثابت يقينا غير معلوم البطلان بمجرد الانكار فيريد الراهن بطلانه حتى يتصرف في العبد نه يريد لانه يعرف انه رهن يقينا وأيضا قد يكون العبد مما اشترط على المرتهن حفظه ونفقته بوجه من الوجوه و يريد هو الخلاص من ذلك وأيضا قد يكون ان شرطا رهنا في بيع لازم فيريد الخروج عن العهدة واذا قبل خرج واذا لم يقبل يطلب منه رهنا فيحلف لذلك وغير ذلك من الفوائد انتهى وغرضه الاشارة الى قاعدة التحالف وانه لاينفسخ العقد الا بها فهذه القاعدة ليست كتقديم البينتين لكل من المدعيين والفرق بينهما واضح فكان القول بالتحالف أوفق بالاحتياط وعدمه أشهر في المذهب وهذا حق القوم وكلامه الاخير كانه قول ثالث خرق لما اتفق عليه الخلاف كما ستسمع في المسألة الآتية ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو ادعى البائع اشتراط رهن العبد على الثمن فقال المشتري بل الجارية احتمل تقديم قول الراهن وهو الاقوى والتحالف وفسخ البيع ﴾ ماقواه المصنف قال ولده انه الاصح لخروج الجارية بانكار المرتهن فلا يمين عليه فيبقى التداعي في العبد والقول قول منكر

ولو قال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن ولو قال دفعت ما على الراهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه (متن)

الرهن وعلى هذا فينتفي العبد اليمين والجارية بانكار المرتهن فيبقى عقد البيع بلا رهن وقد تفق على وقوع العقد مع شرط الرهن ولا مانع من ذلك مع الجري على الضوابط الشرعية لكن تكون الجارية رهنا فيما بينه و بين الله تعالى فتأتيه أحكامه فلا بد من التحالف ان أراد التصرف أو الخلاص من النفقة ان قلنا لا بد من الحلف له وفرضت المسئلة فيما اذا اقبضه أو قلنا بعدم اشتراطه أو بعد شيء احتمال انفساخ العقد اللازم بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن الجارية لانه ينافي وجوب الوفاء بالعقد الذي لم يدل دليل على ثبوت التسلط على فسخه ومثله في البعد احتمال أن يكون فسخ البيع قيدا في العبارة في الامرين فليتأمل فيه واختار الشهيدان في (الدروس واللمعة والمسالك والروضة) التحالف وفي (جامع المقاصد) انه قوي متين لان اختلاف الشرط على الثمن من جملة مكملات الثمن فكل واحد يدعي ثمنا فهو كما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بهذه الجارية وليس هذا كما لو قال بعتك بمائة وخمسين فقال بل بمائة لاتفاقهما على قدر متفق الاوصاف واختلافهما في ثبوت الزائد ونفيه فان منكر الزائد قد يقال هو المنكر بخلاف ما هنا (قلت) هو قوي متين اذا أراد الراهن التصرف في الجارية والخلوص من النفقة والحفظ ان قلنا انه لا بد منه له لا لما قاله لان اشتراط الاجل والخيار والرهن والضمين والشهادة والوكالة مما يتعلق بمصلحة المتعاقدين ولا تعلق له بالثمن أولا وبالذات فلا يكون ما نحن فيه من قبيل ما لو قال بعتك بهذا العبد فقال بل بهذه الجارية بل من قبيل بعتك وشرطت أن يكون زيدا كفيلا أو ضمنا أو شاهدا فيقول الآخر بل شرطت أن يكون عمرا كذلك ومنه يعرف حال قوله في تضعيف الاحتمال الاول بأن انكار اشتراط الجارية يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعيه الراهن وهو اللزوم من الجانبين لا لزم المرتهن على تقدير وقوعه فكيف ينتفي بمجرد الانكار ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به لانك قد عرفت أن انكار اشتراط الجارية انما يقتضي انتفاء هذا الشرط الجائز من طرف المرتهن الذي يكفي فيه انكاره ولا ينفسخ بذلك العقد حتى يسقط حق الآخر منه بمجرد انكاره أي المرتهن وكانه استظهر من العبارة ان فسخ البيع قيد في الامرين وقد عرفت أنه ليس كذلك نعم ان قال المصنف بمقالته تم تضعيفه ما قواه وقد عرفت أنه لا يقول بذلك فيكون المصنف قوى على مذهبه والشارح ضعف على مذهبه وأما انفساخ عقد الرهن فلا يأباه الراهن مع لزوم البيع فقد تحصل ان في المسئلة قوالين وما حكيناه في المسئلة المتقدمة عن المقدس الاردبيلي قول ثالث فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال رهنت العبد فقال بل هو والجارية قدم قول الراهن ﴾ اجماعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال دفعت ما على الرهن من الدينين صدق مع اليمين دون صاحبه ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير لا تبعة في ذلك وهو كذلك لان ذلك مستند الى نيته وهو أعرف بها ولا طريق الى العلم الا من قبله ولا يكلف اقامة البينة بأني تلفظت بكذا وان أمكنه لان الاصل عدم وجوب ذلك عليه وكذا لو قال المرتهن انه كان قد أقر لي بأنه انما دفع عن الدين الآخر فالقول قوله باليمين وفرض المسئلة ما اذا كان له دينان أحدهما رهن فدفع

أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمل التوزيع وأن يقال له اصرف الاداء الآن الى من شئت وكذا نظائره كما لو تبايع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان (متن)

اليه مالا واختلفا ومنه يعلم حال ما اذا كان على كل من الدينين رهن ﴿قوله﴾ (أما لو أنكر الغريم القبض قدم قوله) ووجهه ظاهر كما أن توسيطه غير ظاهر لانه غير مختص بهذا الفرض ﴿قوله﴾ (ولا فرق في الاختلاف في مجرد النية أو في اللفظ) أما الاختلاف في اللفظ فظاهر كما لو قال دفعته متلفظا بأنه عن الدين الفلاني أو أقررت بذلك فأنكر وقال اني قلت انه عن الفلاني ويقدم قوله بيمينه لانه منكر وأما الاختلاف بالنية كأن يقول الراهن نويت الدين الفلاني ويقول المرتهن بل نويت لدين الفلاني فاحلف لي فربما يقال فيه ان دعوى غريمه غير معقولة اذ لا اطلاع له على نفسه فلا يلزمه يمين والحق ثبوته لما حررناه في باب القضاء والقصاص من أن الدعوى فيما يخفى تسمع بمجرد التهمة وقد نص عليه في المقام المصنف في التحرير والشهيدان في الحواشي والمسالك والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو ظاهر الشرائع وغيرها حيث قيل فيها لانه أبصر بنيته ﴿قوله﴾ (ولو قال لم أنو عند التسليم أحد الدينين احتمل التوزيع وأن يقال له أصرف الاداء الآن الى من شئت) ذكر المصنف الاحتمالين من دون ترجيح كما ذكرا كذلك في التحرير والايضاح والدروس واختير في المختلف وجامع المقاصد التوزيع لانه قد وقع صحيحا وليس أحدهما أولى من الآخر ولانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين أو عن أحدهما بعينه أولا عن أحدهما أو عن أحدهما لا بعينه والكل باطل الا الاول لاستحالة الترجيح بلا مرجح وملك المقضي به مع عدم زوال المقضى عن الذمة ولانه ان لم يبرأ عن ذمته شيء منهما لزم المحال والا كان هو المقضي عنه وأما الاحتمال الثاني فهو خيرة الشيخ على ما حكي عنه ووجهه أن النية منتفية حال الدفع فليتداركها الآن لان المرجع في ذلك الى خياره وحيث لم يسبق له اختيار شيء فليختر متى شاء (ويدفعه) أن ملك القابض المقبوض يقضي بأنه لابد أن يقع عن شيء (وقد يجاب) بأن القابض لا يملك أو يملك عما في ذمته وثبته التعيين أو يستخرج بالقرعة كما اذا كان له زوجتان أو زوجات فقال زوجتي طالق ولم ينو واحدة منهن فالشيخ والفاضلان و[illegible] الطلاق يقع على واحدة غير معينة فتستخرج اما بالقرعة أو بتعيينه ويقع الطلاق اما من وقت اللفظ أو من وقت التعيين ومثله ما اذا أسلم على أكثر من أربع ومثله ما اذا دفع الزكوة وكان له مال غائب وحاضر وما اذا سمى ولم ينو السورة عند جماعة وما اذا كان له خيارا حيوان وشرط وأسقط من خياره يومين ولو وجب الترجيح لوجب عند دفع الدافع حيث يكون عليه دينان متساويان عليهما رهنان كذلك ويتأمل ﴿قوله﴾ (وكذا نظائره كما لو تبايع مشركان درهما بدرهمين وسلم مشتري الدرهم ثم أسلما فان قصد تسليمه عن الفضل فعليه الاصل وان قصد عن الاصل فلا شيء عليه وان قصدهما وزع وسقط ما بقي من الفضل وان لم يقصد فالوجهان) أي احتمال التوزيع واحتمال أن يقال اصرف الاداء الآن الى من شئت والاصح التوزيع وانما فرض المسئلة في المشركين لانهما لو كانا مسلمين لكان الحال دائرا بين المنع من الربا في حقهما أو

ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو مثلها ووكلا من يقبض عنهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك والا فالوجهان ولو أخذ عن المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل القابض ولو فقدت فالوجهان ولو كان التداعي في الابراء قدم قول المرتهن ويقدم قول الراهن مع عدم الرد مع اليمين (متن)

الجواز الذي لا يتطرق اليه المنع وتقريبه معلوم مما سبق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان لزيد عليه مائة ولعمرو مثلها ووكلا من يقبض لهما ودفع المديون لزيد أو لعمرو فذاك ﴾ يعني انهما وكلا وكيلا واحداً يقبض لهما كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فالوجهان ﴾ معناه ان لم يدفع لواحد بعينه وهذا له مفهومان الاول أن لا ينوي أحداً منهما والثاني أن ينويهما معاً والاول هو المراد وأطلق لظهوره والمراد بالوجهين الوجهان السابقان والاصح التوزيع كنظيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ من المماطل قهراً فالاعتبار بنية الدافع ويحتمل القابض ﴾ الاخذ من المماطل قهراً اما أن يكون على سبيل المقاصة وهذا اذا استقل بالاخذ خفية حيث يجوز له لانية فيه للدافع وان أخذه الحاكم فالنية نية الحاكم وان قهره الحاكم على الدفع أو المالك واستمر القهر الى حصول الدفع فدفع غير ناو ولا قاصد فلا نية له حينئذ لانتفاء الموضوع وأما لو نوى حينئذ فليست نيته من المحل فان المقهور على الدفع غير مقهور على عدم النية والشارع لا يقهر قهراً يسلبه الاختيار فلولا القهر ما دفع لكنه لما قهر نوى أحد الدينين على كراهية منه لذلك ووجه ترجيح نيته حينئذ أن الاعتبار انما هو بها لان تعيين الجهة اليه لا الى القابض ووجه ترجيح نية القابض انه بالقهر والاجبار لم يعتبر قصده وكان الاعتبار بقصد القابض كنية الزكوة والخمس اذا أخذا قهراً لعدم الخروج عنهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فقدت فالوجهان ﴾ ظاهره ان النية فقدت من كل منهما وفي (الايضاح) دقق النظر فجعل معنى قوله ولو فقدت أنا لو فرضنا فقدهما وان وجدتا لمعارضة دليل كل منهما بالآخر فكانتا مع وجودهما واختلافهما بل ومع اتفاقهما مفقودتين قال مانصه في شرح قوله واذا أخذ من المماطل الى قوله فالوجهان وجه الاول ن تعيين الجهة اليه الى آخر ماسمعته آنفاً ثم قال ووجه الثالث يعني ما اذا فقدت أن القابض لا اعتبار بنيته لانه ليس له التعيين والقهر أسقط اعتبار المقبوض منه فبقي بلا نية فيحتمل التوزيع الى آخره وهو صريح في فرض فقدهما وعدم الاعتداد بهما وان كانتا موجودتين وقال في (جامع المقاصد) في شرح العبارة يريد لو فقدت نية كل واحد منهما اذ لو وجدت النية من القابض فقط فرجحان اعتبارها عنده ظاهر ومع فقدها فأصح الوجهين التوزيع كما في باقي النظائر والشارح ولد المصنف زعم ان مجيء الوجهين احتمال ثالث في مسئلة الاخذ من المماطل قهراً التي هي موضع الوجهين الاولين وهو غريب لان موضع الوجهين مسئلة أخرى وهو ما اذا فقدت النية من كل منهما وهنا لا يجيء الاحتمالان الاولان انتهى وأنت قد عرفت ما أراده فخر الاسلام والمحققين وهو معنى جيد جداً يكون قد أخذه شفاهاً وعلى مافهمه منه المحقق الثاني يكون كلامه ملحقاً بالهذيان وعلى مافهمه في الايضاح يتضح لك ما في كلام المحقق الثاني أولا فتأمله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان التداعي في الابراء قدم قول المرتهن ﴾ لانه منكر والاصل بقاء الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم قول الراهن في عدم الرد مع اليمين ﴾ لا أجد فيه خلافاً لاصالة عدم الرد فيلزم المرتهن بالمثل أو القيمة لامكان

وفي قدر الدين على رأي (متن)

أن لاتكون في يده فيلزم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس والفرق بين المرتهن والمستودع حيث قبل قوله في الرد ان المستودع قبض لمصلحة المالك فهو محسن محض بخلاف المرتهن فانه قبض لمصلحة نفسه ومثله المستعير والمقارض والوكيل بجعل ﴿قوله﴾ ﴿وفي قدر الدين على رأي﴾ هذا خيرة المقنع والنهاية والخلاف والمبسوط على ما حكي عنه والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتذكرة والمختلف والايضاح والدروس وحواشي الكتاب واللمعة والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض وقد حكي عليه الاجماع في الغنية وحكاه في الرياض عن السرائر ولم أجده ادعى ذلك صريحا وعليه عمل الاصحاب كما في كشف الرموز وهو المعمول عليه أحرى بنفيه أيضا وفي (ايضاح النافع) ان الرواية بخلاف ذلك متروكة وهو في معنى الاجماع وفي (السرائر) انه من سواذ الاخبار وهو في معنى الاجماع أيضا وفي (جامع المقاصد) ان رواية مخالفه لظاهر المتواتر وهو الاشهر كما في الشرائع ومذهب الاكثر كما في المسالك والرياض والمسعور كما في الدروس والكفاية وفي (السرائر) ان الروايه مخالفه لاصول المذهب (قس) وهو كذلك لان الاصل عدم الرهن وعدم الزيادة وبراءة الذمة ويدل عليه مضافا الى ذلك ما رواه الكليني والشيخ بطريقين صحيحين على الصحيح في علي بن الحكم عن محمد عن أبي جعفر عليه السلام في رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينة بينهما فيه فادعى الذي عنده الرهن انه بألف درهم فقال صاحب الرهن انما هو بمائة درهم فقال البينة على الذي عنده الرهن انه بالف وان لم يكن له بينة فعلى الراهن اليمين وروى الشيخ في الحسن على الصحيح في محمد بن خالد لتوثيق الشيخ له ... [illegible] ... في الحديث ... بن سليمان لانه ممدوح بكون الصدوق اليه طريق ... [illegible] ... عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام مثله وروى الصدوق بطريقه الصحيح الى أبان مثله فهو اما موثق أو صحيح وروى الكليني والشيخ في الموثق عن ابن أبي يعفور مثله وقد وقع سهو من المتاخرين في وصف هذه الاخبار ولهذا يدا ... فيه وأما الرواية المخالفة فهي التي رواها الشيخ والصدوق عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن هو بكذا وكذا وقال المرتهن هو باكثر قال علي عليه السلام يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لانه أمينه وقد عمل به أبو علي وحملها في الاستبصار على ان الاولى له تصديق المرتهن وحملها جماعة على التقية ولا بأس به لان ذلك مذهب الحسن وقتاده ومالك وفي رواية الراوي لها وعمل العامل بها شهادة على ذلك بقي الكلام في شيء آخر وهو ان الشيخ في النهاية وابن ادريس في السرائر حكيا عن الرواية بان القول قول المرتهن مالم يستغرق الرهن ثمنه وحكي في السرائر عن ابن الجنيد انه قال مالم تستغرق دعواه ثمن وحكى الاكثر عنه ومنهم المحقق في النافع ان القول قول المرتهن ما لم يدع زيادة على ثمن الرهن والرهن في عبارة النهاية والسرائر مفعول يستغرق وفاعله الثمنه والضمير المستكن يرجع الى القول وثمنه بدل من الرهن وقد فسرها في السرائر فقال معنى هذه الرواية ان القول قول المرتهن حتى يحيط قوله ودعواه بثمن الرهن جميعه فمتى احاط بثمن الرهن او استغرقه فالقول قول الراهن ايضاً على هذه الرواية فلم يفرق بين ما اذا احاط

وعلى المؤجل منه لا الحال وقول المرتهن في عدم التفريط والقيمة (متن)

او استغرق لتحقق الاستغراق فيها لانه اعم من الاحاطة بثمن الرهن بمعنى مساواته ومن الزيادة عليه ومقتضى العبارات الثلث انه مع المساواة والزيادة لا يقدم قوله ومقتضى عبارات الاكثر انه لا يقدم قوله مع الزيادة ويقدم قوله مع المساواة وحاصل معنى الرواية جعل الاحاطة غاية القبول والغاية خارجة عند المحققين فهي موافقة للعبارات الثلث والموجب لاختلاف النقل عن ابي علي اختلاف كلامه قال المرتهن يصدق في دعواه حتى تحيط بالثمن فان زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل الا بينة فقد جعل في اول كلامه غاية التصديق احاطة الدعوى بالثمن والغاية خارجة فيقتضي عدم التصديق مع الاحاطة وعقبه بقوله فان زادت الدعوى عن القيمة لا تقبل ومفهوم الشرط انه مع عدم الزيادة تقبل فقد تعارض المفهومان في كلامه فاختلف النقل عنه لكنك خبير بان المفهوم انما يعتبر اذا لم يصرح بخلافه فنقل الاكثر بحسب الظاهر اوفق لكن لما كان مستنده الرواية ظن المحقق في الشرائع الغاء مفهوم قوله وأن زادت وحمل كلامه على ان المراد ان ساوت أو زادت وذلك كثير كما قيل في قوله جل شأنه (فان كانتا فوق اثنتين) وكما قيل في قوله عليه السلام جراحات المرأة والرجل سواء الى ان تبلغ ثلث الدية فاذا جازت ذلك تضاعف جراحة الرجل على جراحة المرأة ضعفين فان المراد فاذا ساوى أو جاز ذلك فكان نقل الشرائع ادق واتقن الا ان تقول نقل الاكثر موافق للاعتبار لان الظاهر ان الرهن بقدر الحق (وفيه) ان العادة تقتضي رهن الشيء باقل من قيمته هذا واخبار الباب تعطي انهما اذا اتفقا على ان الدين الفان وقال الراهن انما رهنتك باحد الالفين وقال المرتهن بل بهما كان القول قول الراهن ايضاً مع يمينه مضافا الى الاصول وهو مبنى قول المصنف وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله ﴿قوله﴾ ﴿ وعلى المؤجل منه لا الحال ﴾ قال في (التذكرة) لو اتفقا على انه رهن باحد الالفين لكن قال الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله في اصل الدين فكذا في صفته وكذا لو قال الراهن انه رهن على الحال وقال المرتهن انه رهن على المؤجل يقدم قول الراهن مع يمينه (قلت) لعل في قوله فكذا في صفته اشارة الى استفادة ذلك من فحاوي الاخبار المذكورة ثم ان عندنا اصلا آخر وهو ان الاصل قبول قول صاحب المال في وجه خروجه عن يده والمرتهن لما انكر الرهن في صورتي الاصل والعكس اندفع بانكاره ولا يحتاج الى يمين فيبقى النزاع فيما أدعاه المرتهن فيحلف الراهن على نفيه فينتفي ويبقى المال بلا رهن ولا مانع منه اذا قضت به القواعد لكنه فيما بينه وبين الله سبحانه يكون رهنا بما ادعاه فتأتيه احكامه وقد سمعت ما سلف في مثله او نقول انه يحلف يمينا جامعة بين النفي والاثبات فيكون رهنا بالدين الذي لم يدع المرتهن انه رهن عليه كما تقدم مثله واحتمل التحالف الذي احتمله الشهيد في حواشيه وقواه في جامع المقاصد لم يتضح وجهه على ان الشهيد حكم في مثله بما ذكرناه ﴿قوله﴾ ﴿ وقول المرتهن في عدم التفريط ﴾ لا اجد فيه خلافاً بل في الغنية الاجماع عليه مضافا الى الاصول السالمة عن المعارض ﴿قوله﴾ ﴿ والقيمة ﴾ اي حيث تلزم المرتهن بتعد او تفريط فانه يقدم قوله فيها مع يمينه كما هو خيرة الشيخ في المبسوط وابن ادريس وسائر المتأخرين ماعدى الشهيد في الدروس والمقداد في التنقيح فانهما لم يرجحا وفي (الدروس) قال به الحليون وحكى كاشف الرموز عن

وفي أن رجوعه عن اذنه الراهن في البيع قبله ترجيحا للوثيقة ولان الاصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملا بصحة العقد (متن)

ابن ادريس انه ادعى الاجماع عليه وقال انه مشكل مع تحقق الخلاف والموجود في السرائر ان القول قول المرتهن على الصحيح من المذهب لانه غارم ومدعى عليه ولا خلاف ان القول قول الجاحد المنكر المدعى عليه اذا عدم المدعي البينة وقال بعض اصحابنا القول قول الراهن في هذا وهو مخالف لما عليه الاجماع وضد لاصول الشريعة انتهى فظاهره ان الاجماع على القاعدة لا على خصوص المسئلة لكن الاجماع من المتأخرين كاد يكون معلوما كما ان الشهرة بين المتقدمين على تقديم قول الراهن عصمه مزاحمة للاجماع ايضا اذ هو خيرة المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية وهو المحكي عن الكاتب والتقي والقاضي وقد نسب في الدروس والمسالك الى الاكثر وفي (الغنية) الاجماع عليه فهذا الاجماع معتضد بالشهرة والظاهر انه ما افتى به في النهاية والمقنعة الا عن خبر كما يقضي به التتبع وليس مستندهم ما استدل لهم به من سقوط امانته بخيانته فاني لم اجد احدا منهم استدل به الا ابا علي ولعل هذا هو الذي جرى المتأخرين على المخالفة ووجه قوة القول ظاهرة لمكان الاصل والنبوي لكن هذين لم يكونا ليخفيا على المتقدمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ان رجوعه عن أذنه الراهن في البيع قبله ترجيحا للوثيقة ولان الاصل عدم بيع الراهن في الوقت الذي يدعيه وعدم رجوع المرتهن في الوقت الذي يدعيه فيتعارضان ويبقى الأصل استمرار الرهن ويحتمل تقديم الراهن عملا بصحة العقد ﴾ تقديم قول المرتهن في المسئلة مذهب الشيخ واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد وقد نسبه تارة اخرى كالشهيد الثاني في المسالك الى الاصحاب فكل من تعرض لهذا الفرع كالشيخ في المبسوط والمحقق والمصنف وغيرهم قدم قول المرتهن الا المصنف في التذكرة فان ظاهره التردد لانه حكاه عن الشيخ ولم يفت بشيء والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي وان تاملا كما ستسمع لكنهما بعد ذلك وافقا والشهيد في الدروس والحواشي فصل بانهما ان اتفقا على تعيين وقت لاحدهما واختلفا في الآخر حلف مدعي التأخير عن ذلك الوقت وان أطلقا الدعوى أو عينا وقتا واحدا حلف المرتهن وقد تبعه على ذلك الشهيد الثاني في التمهيد والمسالك وستسمع بيان ذلك (ولا بد) من بيان ما لا بد منه في المقام وهو انه اذا تعارض الاصلان فلا يخلو اما أن يكون هناك مرجح واجب أولا فان كان فلا يخلو ذلك المرجح من أن يكون ظاهرا أو أصلا آخر وان لم يكن هناك مرجح واجب فلا يخلو اما أن يكون في أحدهما حائطه أم لا فان كانت حائطه أخذ بها والا خرج في هذه المسئلة وجهان كذا أطلقوا الكلمة ولم نرهم في أبواب الفقه من الطهارات الى الديات تعرضوا عند تعارض الاصول للاقتران ولا للعلم بتاريخ أحدهما وجهل الآخر ولا لورود أحدهما على الآخر الا في مواضع نادرة من هذه الامور الثلثة تعرض لها بعض المتأخرين ومن ذلك مسئلتنا هذه فان الاصحاب أطلقوا الكلمة فيها والشهيد ان فصلا بالعلم بالتاريخ وعدمه تمهيد هذا (فنقول احتج) المصنف على المشهور بوجهين (الاول) ترجيح جانب الوثيقة عملا بالاستصحاب وهذا تركه الشيخ في المبسوط والاصحاب لانه بالآخرة يرجع الى ما ذكروه وهو الثاني في كلام المصنف وبيانه أي الثاني ان الراهن يدعي تقدم البيع على الرجوع والاصل عدمه والمرتهن يدعي تقدم الرجوع على البيع والاصل

عدمه أيضا فتكافأ الاصلان فتساقطا فيبقى حكم الرهن على العين باقيا وهو ترجيح جانب الوثيقة وقد قال في (جامع المقاصد) نظر من وجوه (الاول) ان الاصل وان كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدعيه الراهن الا أنه لايتمسك به الآن لحصول الناقل عنه وهو صدور البيع مستجمعا لجميع مايعتبر فيه شرعا وليس هناك مايخل بصحته الا كون الرجوع قبله ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك والاستناد الى أن الاصل بقاء الاذن السابق لان المانع لايشترط العلم بانتفائه لتأثير المقتضي والا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية اذ لايقطع بنفي موانع تأثيرها بحسب الواقع وهو معلوم البطلان فمن صلى مراعيا للافعال والشرائط يكفيه لصحة صلوته الاستناد الى اصالة عدم طرو النجاسة المانعة من الصحة على ثوبه وبدنه الطاهرين وان لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعا انتهى (وفيه) نظر من وجهين (الاول) انه تقرر في الاصول (عند لاصولين خ ل) ان رفع المانع من جملة العلل فرفعه شرط لا بد من تحققه لكن لا في الواقع بل يكفي تحققه بالاستصحاب كالشرط واستوضح ذلك في المثال الذي ضرب به هو فان النجاسة في الثوب مانع من الصلوة ورفعها شرط كما انا نقول طهارة الثوب شرط ولهذا قال ثوبه وبدنه الطاهرين فرضهما أولا طاهرين ثم قال يكفيه لصحة صلوته الاستناد الى اصالة عدم طرو النجاسة وما ذاك الا بالاستصحاب كما قلناه والحاصل ان الامر واضح وما كنا نؤثر ان يغفل عنه مثله (الثاني) انا لو سلمنا الفرق بين رفع المانع والشرط وانهما غيران في الحكم وما كان ليكون لكنا نقول لانسلم وقوع العقد جامعا للشرائط الشرعيه هنا لان من جملة شرائطه أذن المرتهن حالة البيع ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه لافي وجود المانع ومعلوم أن الشرط لايكفي فيه عدم العلم بانتفائه بل لابد من العلم بحصوله ليترتب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب كالصلاة مع يقين الطهارة سابقا والشك في بقائها لا زوال لأمرهنا كذلك فان الرهن المانع من صحة البيع واقع يقينا ومستصحب الآن والشرط المقتضي لصحة البيع وان كان معلوم الوقوع لكن لافي زمان البيع لا باليقين ولا بالاستصحاب فيرجح جانب الوثيقة كما ذكره الاصحاب (الثاني) من وجوه النظر الذي ذكره المحقق الثاني هو ان ماذكره يعني المصنف من الاستدلال انما يدل على تقدير تسليمه (تسليم ح ل) بقاء الاصلين المذكورين مع الانحصار فيهما وفي الاصل الثالث الذي ذكره وليس كذلك فان لنا اصلا آخر من هذا الجانب أيضا وهو ان الاصل في البيع الصحة واللزوم ووجوب الوفاء بالعقد انتهى (قلت) مراده ان اصالة بقاء الرهن التي رجحنا اليها عند تعارض الاصلين معارضة باصالة صحة البيع لان وقوعه معلوم كما ان وقوع الرهن معلوم فتتساقطان ويبقى مع الراهن ملكية الرهن وصحة تصرفه فيه ولعله من هنا قيل في الاصول انها مما تعارض فيها أربعة أصول (وفيه أولا) انه قال في باب الضمان والاجارة ان اصالة صحة العقود انما يتمسك بها بعد استكمال أركانها وجميع الامور المعتبرة فيها ليتحقق وجود العقد اما قبله فلا وجود للعقد كما أوضحنا ذلك في آخر باب البيع ويأتي في باب الضمان مفصلا ان شاء الله تعالى وثانيا على تقدير تسليمه انه لاينفعه فيما يحاوله لان هذا ان تم كان من باب ما اذا تداعى المشتريان السبق وأراد كل منهما الاخذ من الآخر بالشفعة فالاصل يقتضي عدم سبق كل منهما والاصل عدم استحقاق الآخر عليه فيتساقطان ويتحالفان ويستقر ملكهما على ما كان وتنتفي الشفعة (وثانيا) ان اصالة صحة العقد مترتبة على سبقه على الرجوع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد (فان قلت) واصالة استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع البيع فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها (قلنا) صحة العقد غير معلومة لقيام الاحتمال المذكور

وصحة الرهن معلومة لوقوعها سابقا جامعة لشرائطها وانما حصل الشك في طرف المبطل فترجح لانها أقوى من هذه الجهة مضافا الى ماذكرناه آنفا (وثالثا) ان عندنا ظاهرا واحتياطا والظاهر يرجع الى قاعدة وكل منهما أي الظاهر والاحتياط يرجح الاصل كما عرفت آنفا من أن الحائطه مرجح راجح (اما) الظاهر فلان الظاهر ان الراهن مدع لانه يريد اثبات بطلان ماهو معترف بوجوده وصحته بدعوى الاذن في البيع المبطل للرهن فهو يريد اخراج الحق عن يده وتسلطه والاصل بقاؤه فيصدق عليه تعريف المدعي وعلى المرتهن تعريف المنكر (وأما) الاحتياط فلان رعاية جانب المرتهن أحوط لاحتمال تضييع حقه على تقدير بطلان الرهانة بخلاف الراهن فانه لابد له من دفع الدين فلا يضره بقاء الرهن عليه (الثالث) من وجوه النظر ان ماذكره من الاستدلال على اطلاقه يجري على ما اذا اطلقا الدعوى ... وقتا للبيع أو الرجوع وما اذا عينا وقتا للبيع أو الرجوع وما اذا عينا لاحدهما وقتا واختلفا في الآخر وليس بجيد لانهما اذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعة واختلفا في تقدم الرجوع عليه وعدمه فالاصل عدم التقدم ... على وقت الرجوع واختلفا في تقديم البيع عليه فيحصل على هذا التقدير أصل آخر وقد نبه على ذلك في الدروس (قلت) ولا حق فيه عما اذا أطلقا اذا اتفقا على وقت واحد كما سمعت ذلك عنه وعن الشهيد الثاني (وقد يقال) ان الاصحاب هنا وفي كل ما تعارض فيه أصلان وقد عد في التمهيد منها ما يبلغ ... موضعا أطلقوا ولم يفرقوا وماذاك الا لان كلا منهما حادث والاصل تأخره سواء كان تاريخ أحدهما معلوما أولا والعلم بتاريخ أحدهما لا يصير المجهول متأخرا عنه فوقوع البيع يوم الجمعة حادث والاصل تأخره عما يدعيه المرتهن من وقوع الرجوع يوم الخميس جازما قاطعا به ثم يتم ذلك حيث ... لا أدري أوقع قبل يوم الجمعة أم بعده (ويجاب) بأن قطع المرتهن انه يوم الخميس معارض ... يوم السبت وكلاهما مساوان الاصل في قولهما الصدق وقد اعتضد قول الراهن باصل ... الاصل معه فيرجح فيكون اطلاق الاصحاب مقيدا بما عدا ذلك لظهوره ولذا قدم قول المنكر على قول المدعي في أبواب الفقه مع انهما مساوان الاصل في قولهما الصدق وما ذاك الا لان قول المنكر موافق للاصل معتضد به فقوي جانبه وأما حديث الاقتران فانه يتأتى في مسئلتنا فيما اذا اتفقا على زمن واحد أولم يتفقا كأن يقول رجعت يوم الجمعة عند الزوال ويقول الآخر بعت يوم الجمعة عند الزوال فان قضية تعارض الاصلين ان نحكم باقتران البيع والرجوع بأن يكون أول أنات البيع أول آنات الرجوع فيكون البيع باطلا وكذلك الحال فيما اذا لم يتفقا فليتأمل وربما احتمله بعض متأخري المتأخرين فيما اذا وجد في الماء نجاسة وشكا في وقوعها قبل الكرية أو بعدها فحكم بالاقتران وطهارة الماء والاصحاب حكموا بالطهارة لوجود المقتضي لها وهو الكرية والشك في المانع وهو سبق النجاسة فينفى بالاصل وليس كذلك ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه الكرية فانه وان تعارض فيه أصل عدم بلوغه كرا وأصل الطهارة لكنهم رجحوا الاول لان ملاقات النجاسة سبب في تنجيس ما لاقيه وبلوغه الكرية مشكوك فيه فينفى بالاصل هذا اذا لم يتعين عليه استعماله واذا تعين فلا بد من الاجتناب واطلاقهم الحكم بنجاسته محمول على تعذر اعتباره بوقوع ماء آخر عليه حصل به الجهل بقدر الماء الاول عند (حين خ ل) ملاقات النجاسة وهذا جاء بالتبع حرصا على تحقيق المقام (وكيف) كان فاتحاد الزمن حاله حال الاطلاق عند الاصحاب حيث أطلقوا ولم يفرقوا به صرح الشهيدان جازمين به في الدروس والمسالك والتمهيد ومنه يعرف حال الاقتران فانهم أهملوه في أبواب الفقه جميعها الا نادرا منهم كما عرفت

ولو ادعى الراهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا على كتاب وكيله فخرج مزورا أو قال اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين (متن)

آنفا ولعله لانه في بعض المقامات لاحاصل مع ندرته وكونه حادثا والأصل عدمه وأما حال وورود احدهما فليس له ضابط يعتد به ولهذا أهمل ذكره الاصحاب بالكلية وإنما تعرض له بعضهم ومنه فيما اذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة فالاصل بقاء الرطوبة فيكون نجسا والاصل طهارة الثوب لكن الاصل الاول وارد وطار على الاصل الثاني فيدفعه ويرفعه وفيه من الحرج مالا يخفى فلعله يزيد (يؤيد خ ل) الاصل الثاني ونحوه المثال الثاني وهو ما اذا وقع في اناء نجاسة وشك في بلوغه الكرية وحكي في (التذكرة) تفصيلا وحوالة لو قال الراهن أولا تصرفت باذنك ثم قال المرتهن كنت رجعت قبله فالقول قول الراهن مع يمينه وان قال المرتهن أولا رجعت عما أذنت فقال الراهن كنت تصرفت قبل رجوعك فالقول قول المرتهن لان الراهن حين ما أخبر لم يكن قادرا على الانشاء وقد حكى المقدس الاردبيلي عن المحقق الثاني انه قال هذا هو المفتى به ولعله ذكره في تعليقه على الارشاد وأنت خبير بأنا انما فرعنا في الاصول لمكان تعارض قولي المسلمين لان كان الاصل صدقهما كما أشرنا اليه وحرر في محله فلا يعاوت الحال بهذه الاعتبارات الواهية التي أعرض أصحابنا وأصحابه عنها ثم ان التعليل لم يتضح وجهه ومرجعه الى تقدم الدعوى وقال في (جامع المقاصد) بعد أن حكى هذا عن هذا البعض ويقرب... تصادقا على صدور البيع ثم اختلفا في حال الرجوع أو تصادقا على صدور الرجوع ثم اختلفا في حال البيع أخذ بالاقرار السابق (قلت) هذا ليس بشيء جديد اذ محل الاشكال في كلام الاصحاب ما اذا تصادقا على صدور البيع والرجوع واختلفا في المتقدم وأما اذا تصادقا على احدهما ونفى الآخر وقوع الآخر فالقول قوله مع يمينه كما نص عليه في التذكرة والدروس ومجمع البرهان قال في (التذكرة) بعد أن فرض المسألة فيما ذكرنا ولو أنكر الراهن أصل الرجوع فالقول قوله مع اليمين لان الاصل عدم الرجوع وقال في (الدروس) ولو ادعى الرجوع حلف الراهن ان ادعى علمه يعني عدم الرجوع والأمر أوضح من أن يبين الا أن يكون أراد معنى آخر والا فهذا منه غريب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى الراهن الغلط في اقراره بقبض المرتهن الرهن تعويلا على كتاب وكيله فخرج مزورا ﴾ يريد أنه تسمع دعواه وتوجه له اليمين على المرتهن لانه أبرز لاقراره وجها معتبرا لانه لم يكذب الاقرار في الحقيقة لكن ذلك لا يقوى جانبه حتى يقدم به قوله مع يمينه بل جانب المرتهن مع ذلك أقوى لان الاصل في الاقرار الصحة ومطابقة الواقع فيحلف على وقوع القبض لا على عدم وقوع الغلط ... عليه في التذكرة في المقام فتأمل ويأتي نظيره ومثله ما اذا قال أخبرني ... الى النفس القبض ثم تبينت انه لم يكن قبضه نبه عليه في المبسوط والمصنف في التذكرة في باب الاقرار قال لم يلتفت الى انكاره في المقامين لانه مكذب نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو قال اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به قدم قول المرتهن مع اليمين ﴾ للأصل المذكور ويحلف على وقوع القبض ومعنى اقبضته ... قلت له أقبضتك ونحوه من القول الذي ليس قبضا وقد يوجد في بعض النسخ أو أقبضته من دون

وكذا لو قال تعمدت الكذب اقامة لرسم القبالة اما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه (متن)

﴿ قوله ﴾ (وكذا لو قال تعمدت الكذب اقامة لرسم القبالة) لفظ قال فيجب تقديره أو نحوه هذا نبه عليه الشيخ في المبسوط في المقدم وجزم به في التذكرة في المقام وفي باب الاقرار والمحقق في مثله في باب الاقرار ونحوه المصنف في مثله في الارشاد في الاقرار أيضا ونسبه في مثله في المسالك الى الاكثر وذكر مثله المصنف في الكتاب في باب الهبة وفي باب الاقرار قال في الهبة ولو أقر بالهبة والاقباض حكم عليه وان كان في يد الواهب وله الاحلاف لو ادعى المواطآت وقال في الاقرار لو أقر بالبيع وقبض الثمن ثم أنكر وادعى الاشهاد تبعاً للعادة من غير قبض فالاقرب سماع دعواه فيحلف المشتري ووافقه على ذلك في المقامين في جامع المقاصد وقال انه له احلافه على وقوع القبض وفي (الدروس) انه ليس له احلافه على نفي المواطاة وقال في (جامع المقاصد) كانه بني على أن الدعوى بالمواطاة وماجرى مجراها غير مسموعة ونحن نحلف على حصول القبض لان الواهب يدعي فساد الاقرار بعدم وقوع القبض (قلت) هو كما ترى وقد صرح هو أي الشهيد في حواشيه في المقام بأنه يحلف على عدم مايدعيه الرهن أو على وقوع القبض أو على عدم المواطاة ونحوه ما في التذكرة وفي باب الهبة تردد في الحلف على عدم المواطاة وفي باب الاقرار حكم بالعدم وفي (جامع المقاصد) حكم في الموضعين بأن له أن يحلف على الاقباض وعلى عدم المواطآت لان ذلك واقع تعم به البلوى فعدم السماع يقتضي الضرر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ (اما لو أقر في مجلس القضاء بعد توجه دعواه فالوجه انه لا يلتفت اليه) كما في الايضاح وحواشي الكتاب وجامع المقاصد لان الاقرار في مجالس الحكام بعد توجه الدعوى وطلب الجواب مما لم تجر العادة في المسامحة فيه والمجازفة والعقل يقضي بأن المدعى عليه لا يقر الآن الا بما قدم على المؤاخذة به والالزام بمقتضاه فلا يجيب الا بما هو محقق عنده ولولا ذلك لم يوثق بالاقارير الجارية في مجالس الحكام (وفيه) أنه يمكن تصويره كما لو قال أقررت ليقرضني فلم يقرضني شاهده أو أقررت ليلزمه البيع المشروط ونحو ذلك على انه لايتم فيما ذكره المصنف هنا وهو ما اذا قال للحاكم اقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به ولما بدؤني بالدعوى أقررت بالواقع في اعتقادي ولما مرتني بتسلمه اليه وعرفت الحال أظهرت الحال ويمكن تصوير مثل ذلك فيما اذا كان اقراره لمكان كتب وكيله وخبر من يثق به ثم يتذكر انه كان مزورا وان المخبر كاذب ونحو ذلك ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة مع ذلك لايكاد يتصور في اقامة رسم القبالة ولعله لذلك فرض المسئلة في الايضاح في مسئلة القبالة والمواطاة وان كان في أول كلامه فرض المسئلة فيما لو ادعى الغلط في اخباره لكنه في الاستدلال اقتصر على مسئلة القبالة ودليله لاينطبق على غيرها فليلحظ ثم ان الاصحاب أطلقوا في المقامات التي أشرنا اليه آنفا ولم يتعرضوا لهذا الشرط بل كاد يكون ظاهرهم أن الاقرار بما عدى القبالة كان في مجلس الحكم فليلحظ ذلك ولولا قول المصنف بعد ذلك وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض لاحتمل أن يكون القيد متوجها الى القبالة خاصة وقد لايكون هذا مانعا من تخصيص القيد بالقبالة لان الاصحاب يذكرون سماع قوله في دعوى اقامة رسم القبالة ويقيدونه بما اذا لم تشهد البينة بمشاهدة القبض وما اذا شهدت على اقراره بالقبض ثم أنكر الاقرار وكيف كان فلا ريب ان الاقرب ماذكره

وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة اخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصه اخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين فاذا قضي من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه احد ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصه قدم قول الراهن مع اليمين (متن)

المصنف واحترز بقوله بعد توجه الدعوى عما لو أقر في مجلس القضاء لا مع توجه الدعوى بل اقامة لرسم القبالة مثلا فان اليمين على المرتهن هنا ﴿ قوله ﴾ (وكذا لو شهدت البينة بمشاهدة القبض) بني بعنوان الرهن وانه باذنه ﴿ قوله ﴾ (ولو اعترف الجاني بالجناية على الرهن فصدقه الراهن خاصة أخذ الارش ولم يتعلق به حق المرتهن ولو صدقه المرتهن خاصة أخذ الارش وكان رهنا الى قضاء الدين) اذا أقر شخص بالجناية على العبد فان صدقه المتراهنان فالارش رهن عند المرتهن لانه عوض الرهن وان كذباه فلا شيء لهما وان صدقه الراهن وكذبه المرتهن كان للراهن أخذ الارش ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن وكذبه الراهن كان للمرتهن المطالبة بالارش ويكون مرهونا عنده لان حقه متعلق به حيث هو جزء الفائت من الرهن ولا يؤثر في سقوطه انكار الراهن كما هو خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومراده بقوله كان رهنا الى قضاء الدين انه يبقى في يده الى حين قضاء الدين لا كل رهن الى قضاء الدين ولما تعذر ذن الرهن هنا لانكاره الجناية وجب أن يحكم بليد للمرتهن على أن المرتهن يستحق ادامة اليد على الرهن على مختارا ﴿ قوله ﴾ (فاذا قضى من مال آخر فهو مال ضائع لا يدعيه أحد) اذ المرتهن انقطعت علقته والراهن ينكر استحقاقه والمقر يعترف بوجوب أدائه عليه فيدفع الى الحاكم وقد نفى عنه الباس في التذكرة واختاره في جامع المقاصد والذي استقر عليه رأيه في التذكرة فيما اذا أقر بعين لزيد وأنكر ذلك زيد أن الحاكم ينتزع ذلك ويحفظه لمالكه فاذا ظهر سلمه اليه وقال في (جامع المقاصد) انه أصح وفي (المبسوط والتحرير) في المقام أن الارش يرجع الى المقر وبه حكم في التذكرة أولا وقال انه أصح وجهي الشافعية ولم يتضح وجهه في المقام وفي الاقرار قد يتصور له وجه كأن يقال الاصل في يد المسلم أن لا تكون عدوانية وربما كانت يد استحقاق فلا يجوز الانتزاع من يده لان ذلك فرع كونها بغير استحقاق وهو خلاف الاصل وان كان فيه نظر لان الاستحقاق خلاف الاصل والعدوان خلاف الاصل فلذلك قالوا انها توضع في يد الحاكم وكيف كان فقد اتفقوا في المقامين أنه لا يتصدق به عن المالك مع ان قضية المال الضائع المجهول المالك أنه يجب التصدق به فورا ولعل ذلك لانحصاره في المقامين بين محصورين ولهذا قالوا في الاقرار اذا رجع المقر الى الاقرار سلمت العين اليه ولعلهم يقولون هنا اذا رجع الراهن الى الاعتراف سلم الارش اليه وقضية كلام التحرير والتذكرة والكتاب حيث قال فيها اذا قضى من مال اخر انه يجوز القضاء منه وفي (جامع المقاصد) انه صحيح لامانع منه وقد يقال أن المانع موجود وكلام المبسوط لا يدل على ذلك حيث قال فان أبرأه المرتهن فليتأمل ﴿ قوله ﴾ (ولو جنى العبد فاعترف المرتهن خاصة قدم قول الراهن مع اليمين) حكى الشهيد عن ابن المتوج انه قال هذه العبارة غير متجهة فان حكم عليه بكونه جانيا فالصواب لو ادعى على العبد المرهون الجناية ووجه تقديم قول الراهن مع يمينه [illegible]

ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين وان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه (متن)

وضرر الجناية يعود اليه ويبطل الرهن الا أن يعفوا المجني عليه أو يفديه أحد او يفضل منه فضل عن الجناية ويحتمل بقاء الرهن لعدم صحة اقرار المرتهن واعتراف الراهن بالصحة وعلى تقدير البطلان وعدم العفو والفدا والفضل فاذا بيع في يد المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن اليه لان العبد اذا كان جانيا لم يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجني عليه به واذا لم يصح بيعه كان الثمن باقيا على ملك المشتري وان لم يكن جانيا فلا حق فيه لغير المرتهن وقد أقر بعدم استحقاقه ﴿قوله﴾ - ﴿ولو اعترف الراهن خاصة قدم قول المرتهن مع اليمين﴾ لاصالة عدم الجناية واستصحاب الرهن ولا معارض الا اقرار الراهن وهو [illegible] لا يدفعهما ولا ريب انه لا يمين عليه [illegible] كما صرح به في الدروس لا [illegible] على عليه العلم فيحلف على نفيه وارادة [illegible] عبارة بعيد [illegible] ﴿قوله﴾ - ﴿وان بيع في الدين فلا شيء للمقر له ولا يضمن الراهن ويحتمل الضمان مع تمكنه من الفك لقضاء ثمنه في دينه﴾ اما عدم ضمان الراهن [illegible] بالجناية ولا تعديه اذ الفرض ان البيع ليس منه ولا بأمره وهو [illegible] قال في (الايضاح) لانه قد ادى به دينه مع استحقاق المجني عليه [illegible] الاول [illegible] الاقوى وفي (الدروس) وجهان من قضاء دينه به ومن [illegible] اقراره في حق المرتهن [illegible] فيه وقال في (جامع المقاصد) في شرح قوله ويحتمل الضمان مع تمكنه الى آخره كبرى القياس محذوفة وهي كلما كان كذلك فهو مضمون وقد نقل الشارح الاجماع على حقية الكبرى ومقتضى الدليل المذكور الضمان مع قضاء الدين به وان لم يتمكن من الفك ووجهه ظاهر فان اقرار الراهن [illegible] تعلق المجني عليه الذي لولا حق المرتهن لكان [illegible] عليه الضمان وهذا قوي [illegible] اكن يرد عليه انه [illegible] صحيح ان كانت الجناية عمدا [illegible] والا [illegible] لان [illegible] الى المجني عليه فلا يصح الاستدلال بالقياس المذكور على الضمان في هذا الفرد نعم لو كانت [illegible] خطأ وبيع بأمر الراهن فان وجه الضمان هنا ظاهر لان الأمر بالبيع من الراهن يكون التزاما [illegible] فيضمنه والظاهر ان أمر الحاكم بالبيع لكونه لقضاء دين واجب منزل منزلة أمره فينبغي ان [illegible] ذلك انتهى (قلت) قد لاحظناه فوجدنا فيه نظرا من وجوه (الاول) أن [illegible] الاجماع لم نجده فيه في نسخة عتيقة [illegible] مقابلة [illegible] محشاة [illegible] حكيناه عنه في صدر المسئلة حرفا فحرفا وانه اختار الاحتمال الاول والمحقق المشار اليه ادرى بما نقل (الثاني) ان قوله ان مقتضى الدليل المذكور الضمان الى آخره (فيه) ان صورة الدليل المذكور هكذا هذا العبد صرف ثمنه في قضاء دينه وكل ما كان كذلك فهو مضمون وهذا لا يدل على الضمان ولا [illegible] ان يكون [illegible] كما هو ظاهر فان اخذت في الدليل انه صرف ثمنه في قضاء دينه بأمره صح [illegible] وجهه لكنه خلاف الواقع لانه ما أمر بذلك بل فعل ما أمره الله سبحانه [illegible] من الاعتراف بالجناية والنهي عن بيعه وتسليمه الى المجني عليه فابى الحاكم عملا بظاهر [illegible] الا بيعه ومخالفة أمره فأمر الحاكم ليس بمنزلة أمره نعم لو لم يعترف بالجناية وما طل ولم يؤد كان أمره بمنزلة أمره فكان هذا الاحتمال ضعيفا

ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان رهنت حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة (متن)

جدا ولهذا اضاف المصنف الى الدليل تمكنه من الفك حتى يكون مقصرا في الجملة وهذا ايضاً ليس مما يجدي في تضمينه (الثالث) أن ما اورده عليه غير وارد لان بيع العبد صحيح في ظاهر الشرع كما هو واضح فيتم الاستدلال بالقياس من هذا الوجه بلا شبهة (الرابع) ان قوله نعم لو كانت الجناية خطأ وبيع بأمر الراهن فان وجه الضمان ظاهر (فيه) انه لو اعترف بان الجناية خطأ وقلنا انه اختار تسليمه للمجني عليه ليسترقه لان جنايته تستوعب قيمته لم يكن منه أمر ولا يكون أمر الحاكم منزلا منزلة أمره ولو كان المفروض ما ذكره لا يحتاج الى الاستدلال بالقياس بل دليل الاجماع ولم يكن [illegible] بل يبعد الضمان كما هو واضح وقال في (جامع المقاصد) هذا اذا كانت الجناية بعد الرهن اما قبله [illegible] قطعا لانه ضيع حق المجني عليه حيث رهن الجاني ولم يخبر بالحال وهو جيد جدا واضح الوجه وسيذكره المصنف [illegible] (تذكرة) الوجه عندنا انه لا يغرم لانه اقر في رقبة العبد بما لم يقبل اقراره فيه فكان لم يترك [illegible] وما فعله تسليمه في الجناية ويأتي تمام الكلام ان شاء الله تعالى وقال في (جامع المقاصد) ان في العبارة مناقشة لانه لا معنى لقضاء الثمن في الدين لان [illegible] الدين لا الثمن [illegible] يقول اقضيا دينه من ثمنه فهو كلام مقلوب وهو فن من فنون [illegible] (قلت) [illegible] لا يقال وفى ثمنه في دينه وان اريد به الاداء [illegible] لانه ادى [illegible] صحيح ولهذا [illegible] المصنف بفي دون من ولو كان من باب القلب كما قال [illegible] عنه من دينه [illegible] قوله رحمه الله ﴿ ولو قال الراهن اعتقته او غصبته او جنى على فلان قبل ان رهنت حلف المرتهن على نفي العلم وغرم الراهن للمقر له للحيلولة ﴾ قضية ذلك ان الراهن لا يقبل اقراره وان كان مالكا في الحال لمكان التهمة لجواز ان يكون الراهن والمقر له قد تواطئا على ذلك حتى يرتفع الرهن (وفيه) ان تم انما يتم في صورة الغصب والجناية واما في صورة العتق فمكان التهمة مرتفعة ويرشد الى ذلك انه لا بد من تصديق المغصوب منه والمجني عليه في الاولين دون العتق فانه لا يشترط تصديق العبد فينبغي ان يكون الوجه في ذلك انه من ملك انشاء امر قبل اقراره به وهذا لا يملك انشاءه فلا يقبل فيه اقراره (وعساك) تقول ان المشهور على انه يملك انشاءه فيبقى مراعى (لانا نقول) وكذلك الحال في الاقرار يبقى مراعى اذ الفرض انه لا ينفذ في الحال وفي ذلك بلاغ أو تقول انه لا يملك الانشاء لانه ممنوع منه شرعا لانه تصرف وان انفذناه مراعى اذا فعله وخالف الشرع فكان غير مالك للانشاء شرعا فكان غير مقبول الاقرار شرعا (وقد يقال) ان انشاء العتق لا يعد تصرفا كما قيل في بيع الغاصب فانهم جوزوه اذا اجازه المالك ولو كان تصرفا [illegible] فيه الاجازة فكان الاعتماد على الاول (وقد يقال) ايضا ان عدم قبول اقراره في الجناية مبني على ان رهن الجاني لا يجوز مع انه جائز فكيف لا يقبل اقراره فيها (قلت) قد تقدم التأمل في ذلك في العمد وان قواعد الرهن تقضي بعدم جوازه وان ذهب الاكثر الى الجواز واما في صورة الخطاء فالظاهر انه لا خلاف في انه جائز كما هو ظاهر المسالك هناك لكن ظاهر اصحابنا ان مولاه لا يجبر على فكه وانه مخير بينه وبين تسليمه حيث تكون خطاء الا ان تقول هذا اذا لم يرهنه وقد

جنى قبل واما اذا رهنه كذلك فقد تقول انه التزم بفكه كما اذا باعه فيكون اقراره في صورة الخطاء نافذا فيغرم للمجني عليه و يستمر الرهن فلا معنى لعدم قبول قول الراهن اذ لا تهمة حينئذ ولا مانع الا ان تقول ان هذا يخالف ظاهر كلام الاصحاب على ان ذلك يخل بلزوم الرهن في وجه وهو ما اذا عجز المجني عليه عن اخذ الغرامة من الراهن فانه يرجع الى العبد فيخل بالرهن وان بعد الفرض الا ان تقول ان رهن الجاني خطاء ليس التزاما للفداء بخلاف البيع لان محل الجناية باق هنا والجناية لا تنافي الرهن الا ترى انه لو جنى وهو مرهون تتعلق به الجناية ولا تبطل الرهن وهو قول بعض العامة وظاهر جماعة كثيرين من اصحابنا في مقامات منها ما نحن فيه وما زاد في المسالك ان قال فيه وجهان ولم يقل قولان فتأمل واما حلف المرتهن على نفي العلم فانما هو اذا ادعى عليه العلم وقضية كلام المصنف والمحقق الثاني انه يحلف على نفي العلم وان قال لا ادري لانهما اطلقا الكلمة وفي المسئلة اشكال عظيم والذي يستفاد من ظواهر الاصحاب انه حيث يقول لا ادري يلزم (يلزم خ ل) او يرد احتياطا ولا معنى لتحليفه على نفي العلم لان المدعي يقول هذا عبدي وغصبه (وغصبته «ظ ») مني لكنك لا تعلم وتحريرها في محلها و بعضهم يقول حيث يدعي عليه العلم انه يحلف على نفي العلم ولا يجب عليه الرد لو نكل واذا حلف على نفي العلم فان كان في الواقع عالما اندفعت عنه الغرامة دون الاثم وان لم يكن عالما فانما تندفع عنه باليمين الغرامة ولا اثم عليه حلف أولم يحلف كأن اسقطوا اليمين عنه وهذا في غير الجناية وأما فيها اذا كانت خطاء فلا غرم عليه ولا اثم حلف اولم يحلف علم ام لم يعلم لما عرفت من انه انما يغرم في فرض بعيد لحلفه فيها لنفيه لا غير ان قلنا بان رهنه التزام بفكه والا فحاله ما قد مناه فقوله في جامع المقاصد في توجيه حلفه على نفي العلم ان تخليص نفسه من الاثم والغرم امر مطلوب فاذا حلف اندفعت الدعوى لم يتضح لنا وجهه واما غرم الراهن للمقر له حيث يحلف المرتهن فلحيلولته بين هؤلاء و بين حقوقهم برهنه قبل الاقرار (وفيه اولا) انه اذا اقر بما يوجب القصاص لم يقبل اقراره على العبد فلا غرامة وقد سمعت آنفا ما في التذكرة من انه قال الوجه عندنا انه لا يغرم لانه اقر في رقبة العبد بما لا يقبل اقراره نعم أن ملكه يوما فعليه تسليمه في الجناية وكذا لو انفك انتهى ولعل مراده في التذكرة انه اقر بما يوجب القصاص وانه يسلمه للخصومة لا للجناية وكيف كان فيجب تقييد كلام المصنف هنا بما اذا اقر بما لم يوجب القصاص (وثانيا) اناقدبينا انه ان كان رهنه كبيعه التزاما بالفك في صورة الخطاء فعليه الغرم للمجني عليه حلف المرتهن ام لم يحلف بل لو صدقه المرتهن كان عليه الغرم وقد بينا انه انما يحلف مخافة الخلل في الرهن في الفرض البعيد الا ان تقول ان مبنى الكلام في المقام ان رهنه ليس التزاما بالفك و بقي هنا شيء وهو ما اذا تعذر جواب المرتهن كأن مات وورثه يتيم فان المقر يغرم للمقر له قطعا كما في الايضاح وكيف كان فحيث يغرم ففي صورة الغصب يضمن القيمة ولو ضمنه كل قيمة تجدد للعبد الى ان يفكه او يموت اي العبد كان له ذلك وفي صورة الجناية يغرم اقل الامرين من القيمة والارش على المشهور وعند الشيخ الارش في بعض اقواله في غير هذه المسئلة واما في صورة العتق فيأتي الكلام فيها انشاءالله تعالى عند تعرض المصنف لها و بقي هنا شيء وهو ان ظاهر المصنف وولده والمحقق الثاني ان كل من ادعى عليه العلم انه يجب الحلف عليه على نفي العلم فان نكل وجب عليه الرد و بعضهم يقيد ذلك بما اذا لم يكن مثارا للفساد العظيم كتحليف كل من حكم له او شهد له على نفي العلم بالفسق او بان الشاهدين لم يشهدا زورا كما يأتي بيانه في آخر البحث

ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن او العبد فيعتق ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله (متن)

في المسئلة ﴿قوله﴾ (ولو نكل فالاقرب احلاف المقر له لا الراهن) كما في الايضاح وجامع المقاصد لان الحق للمقر له والراهن لا يدعي لنفسه شيئا ولا يجوز الحلف لاثبات مال الغير ووجه احلاف الراهن انه المالك والخصومة بينه وبين المرتهن ولانه ينفي عن نفسه الضمان وخلاصه منه امر مطلوب فاذا ردت عليه اي الراهن فهل ترد بعد على المجني عليه يحتمل ذلك لان الحق له فلا ينبغي ان يبطل بنكول غيره ويحتمل العدم لان اليمين لا ترد مرة بعد اخرى ويأتي الكلام فيما اذا ردت على المقر له فنكل ﴿قوله﴾ (فيباع العبد في الجناية والفاضل رهن) اذا حلف المقر له اليمين المردودة ثبت الحق ففي المنصوب يأخذ المنصوب منه ماله ولم يتعرض له المصنف لظهوره وفي الجناية يباع العبد ان استوعبته اولم يمكن بيع ما تستدعيه الجناية والفاضل عنها من القيمة يكون رهنا وان أمكن بيع مقدار الجناية فالباقي كما كان رهن كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد في بيان مختار المصنف (وقد يقال) ان اليمين المردودة ان كانت كالبينة او كالاقرار كان الحال فيه كالحال فيما اذا قامت البينة انه كان جانيا قبل او اقر المرتهن بانه كان جانيا كذلك فلا يصح الرهن في شيء منه ولا ينطبق ما في المقام الا على القول بانها ليست كاحدهما (وكيف كان) فهل ليس للمرتهن الخيار في فسخ البيع ان كان الرهن مشروطا في بيع لان الفوات جاء من نكوله ام لا لانه لم يسلم له الرهن والنكول عن اليمين امر مندوب ﴿قوله﴾ (او العبد فيعتق) العبد بالجر معطوف على المقر له ولما كان الاقرار بعتقه لا يسمى في عرف الفقهاء اقرارا له لان شرط المقر له ان يكون ممن يملك الحق الثابت بالاقرار والعبد لا يملك نفسه الا مجازا فقوله في جامع المقاصد ان نظم العبارة ليس بحسن لان العبد مقر له فيندرج في قوله فالاقرب احلاف المقر له فلا يحسن قوله بعد او العبد فيعتق لان ذلك تكرار بغير فائدة مع ايهامه عدم اندراجه في قوله المقر له ليس بحسن ولا صحيح بل هو جار على قواعد الاقرار خال عن التكرار مشتمل على ايماء الى ذلك لا على ايهام بخلاف ذلك أتى به عن عمد وقصد والا فما كان ليخفى على المصنف مثل ذلك وقوله فيعتق بفتح الياء وكسر التاء يقال عتق يعتق عتقا خرج عن الرق كما في القاموس ﴿قوله﴾ (ولو نكل المقر له احتمل الضمان لاعترافه بالحيلولة) اي احتمل ضمان المقر لاعترافه بالحيلولة الموجبة لضمانه فلا يسقط الغرم الواجب بسببها بنكول المقر له كما هو خيرة الايضاح وجامع المقاصد ﴿قوله﴾ (وعدمه لتقصيره بالنكول مع تمكين المقر باقراره والمرتهن بنكوله) اي يحتمل عدم ضمان المقر لتقصير المقر له بنكوله وفي (جامع المقاصد) انه ليس بشيء لان تقصيره في اثبات حقه على المرتهن لا يسقط حقه على الراهن على أن النكول عن اليمين لا يعد تقصيرا لان اليمين محذورة والفرار عنها أمر مرغوب وعدم تقصير الراهن بالاقرار لا يرفع ما وجب عليه بالعدوان السابق حيث رهنه ولم يخبر بالواقع ولعل غرض المصنف من تمكين المقر باقراره الاشارة الى معنى دقيق وهو انا لو مكنا كل أحد من تحليف الآخر على نفي العلم فان حلف والا قضى عليه بالنكول أو وجب عليه الرد لكان مثار الفساد وهو اجتراء الناس على تحليف أصحاب المروات والديانات اوالزامهم بالغرامات كأن يقول هذا الكتاب أو هذا

وغرامة العبد بفكه عند الحلول فان تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة وبالازيد على اشكال فان اعتق فلا ضمان الا في المنافع التي استوفاها المشتري لاغيرها اذ منافع الحر لا تضمن بالفوات (متن)

العبد أو هذا السيف أو الدار مالي وأنت تعلم ذلك فاحلف أورد اليمين علي أو يدعي على المدعى عليه انه يعلم فسق الحاكم أو ان الشاهدين شهدا زورا الى غير ذلك مما لا يحصى فلا بد من أن تكون الدعوى مما لا يستبعد وقوعها ولا يحصل منها ومن مثلها الفساد العظيم وبعض مشايخنا المعاصرين حرسه الله تعالى كان يتمسك بمثل هذا على الحلف على نفي العلم حيث يقول المدعى عليه لاأدري فالمعنى الذي أراده المصنف ان المقر باقراره مكنه من سماع الحاكم دعواه وأخرجها عن موضع اثارة الفساد ولولا أن يقرله بذلك لم تسمع دعواه عند حاكم يقول بمثل ذلك ولم يمكنه من تحليف المرتهن على نفي العلم والزامه عند نكوله بالرد فقول المحقق الثاني ولا محصل لقوله مع تمكين المقر باقراره فان رد اليمين على المقر له لايتوقف على اقرار المقر لعله لم يصادف محله فليتأمل لكنا نحن لانوافقه على ذلك ان كان هذا مراده لان دعوى العلم بان هذا المال له كدعوى ان هذا المال له وقد فتحه الشارع شارعا والمسئلة محلها بابها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وغرامته العبد بفكه عند الحلول ﴾ لان غرامته له انما تحقق بفكه من الرهن اذ لا يعقل أمر آخر مثل غرم القيمة مثلا اذ الحر لا قيمة له قال في (جامع المقاصد) قوله عند الحلول مستدرك بل مفسد لان فكه واجب سواء كان قبل الحلول أو بعده وان كان بعد الحلول قد صار متمكنا من الزام المرتهن باستيفاء دينه وفك الرهن الا أنه قبل الحلول لو أمكنه ذلك بارضائه ولو ببذل زيادة وجب عليه (قلت) مراده بقوله عند الحلول عند التمكن لان الغالب فيمن يستدين انما يستدين لمكان الحاجة والضرورة وان كان من المتدينين بسنن الشريعة لايستدين الا عند الضرورة وشدة الحاجة ولا يحتاج فيه الى قيد الغلبة والغالب فيهما عدم القدرة على الوفاء الا عند الاجل الذي يظن قدرته فيه عليه والا فكيف يحكم عليه بالقدرة عند عدم القدرة ثم ان الراهن قد يكون على غير المؤجل وهو الغالب فهلا اعترض عليه به ويرشد اليه قوله بعد ذلك فان تعذر وبيع وجب فكه اذ على مافهمه الشارح يكون كفرض المحال فينبغي الاعتراض عليه به أيضا فعلم ان قوله عند الحلول كناية عن القدرة والتمكن فخص هذا القسم من الدين بالذكر ليعرف منه حال غيره ولو قال بفكه حيث يتمكن لكان أوضح وأحسن لكن هذا أدق وأتقن وتوهم الفساد بادئ بدء يندفع بوضوح المراد مضافا الى ملاحظة مابعده ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذر وبيع وجب فكه بالقيمة ﴾ معناه ان لم يتمكن في المؤجل وغير المؤجل لعدم القدرة على وفاء الدين كما هو الغالب أو لغير ذلك ثم تمكن من فكه بالقيمة فما دون وجب عليه الفك بلا شبهة كما في (جامع المقاصد) وبه جزم في الايضاح كما هو واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبالازيد على اشكال ﴾ أصحه وجوب فكه عليه لوجوب تخليص الحر ولا يمكن الا بالازيد ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب فيجب ولو أحاط بمال الراهن واستلزم الضرر لانه أدخله على نفسه كما في (الايضاح وجامع المقاصد) الا أنه في الاخير استثنى ماذا أجحف بماله ولم يرجح الشهيد في الحواشي ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أعتق فلا ضمان الا في المنافع التي استوفاها المشتري لاغيرها اذ منافع الحر لا تضمن بالفوات ﴾ لو أعتق لم يضمن الا المنافع التي استوفاها

وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية (متن)

المشتري بنفسه أو باذنه لا الرقبة لان رقبة الحر لاتضمن الا باتلافه والمنافع التي لم يستوفها لاتضمن لان منافع الحر لاتضمن بالفوات وظاهر العبارة انه لو استوفى المنافع غير المشتري بأن غصب العبد غاصب فانتفع به انه لايجب ضمانها على المقر وهو محتمل لان ذلك ليس ناشئا عنه لانه عدوان ويحتمل الضمان لان الظاهر انه غصبه لزعمه انه مملوك وذلك الاعتقاد بسبب المقر كذا قال في جامع المقاصد فليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله يضمنها لما يتبع به بعد العتق كالجناية ﴾ اي يضمن منافع العبد قبل العتق في حال العبودية الظاهرية قال في (الايضاح) اوردت على المصنف رحمه الله ان ضمان منافعه لايحكم شرعا بملك العبد لها والا لزم احد امرين اما تملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعا واما ان يملكها المشتري فان غرمنا المقر تسلسل والا انتفت فائدة الغرم ومعنى التسلسل انه لو اخذ المشتري غرامة المنفعة التي استوفاها لزم المقر تلك الغرامة للعبد فاما ان يكون المشتري اخذها اولا فان كان الاول غرمها ثانيا وثالثا وهكذا الى مالا يتناهى لانا قلنا ان كل غرامة يغرمها المقر للعبد فهي من منافع العبد فتكون للمشتري فيغرمها أيضا المقر وهكذا فيلزم التسلسل قال (وأجاب) المصنف رحمه الله بانه يغرمها وتعد عند الحاكم لاحد امور ثلاثة اما لما يتبع به العبد بعد العتق كالجناية او حتى يعتق العبد أو يموت فيرثها الامام او وارثه الحر لان الاقرار بالملزوم يعني العتق اقرار باللازم يعني الارث انتهى وهو كلام حق متين كما يظهر وجهه ان شاء الله تعالى (وقد اعترضه) المحقق الثاني بما لانؤثر ان يقع من مثله قال واما ضمانها فقد يتوهم امتناعه للزوم التسلسل وهذا انما يتم لو قلنا بان كل ماضمن للعبد لابد من دفعه اليه على وجه يعلم به المشتري وليس ذلك بلازم لامكان ضمانه له على وجه يرضى ببقائه في يده او يد شخص آخر بالوكالة أو يسلمه اليه بحيث لا يعلم المشتري ويسره العبد عنه انتهى وقد سبقه اليه الشهيد في حواشيه وانت خبير بانه اذا كان العبد محكوما عليه بالرقية شرعا ولا سيما اذا كان لايعلم انه اعتقه كيف يجوز له الحاكم او يصح له هو ان يسره عن مولاه ويتصرف فيه كيف يشاء والمفروض ان هذه الغرامة من منافع العبد وملكه فلا بد وان يلزم احد الامرين اما تملك العبد شيئا وليس للمولى التصرف فيه وهو باطل اجماعا أو التسلسل فاين الملك في ظاهر الشرع وكيف يعد هذا توهما وهو حق واضح (فان قلت) فامعنى ضمانها حينئذ له (قلت) معناه انه لايسلمها اليه بل يدفعها الى الحاكم كما صرح به الشهيد ونبه عليه المصنف في جواب ولده (ثم اعترضه) ثانيا بأنه انما يتم اذا قلنا بأن كل ماوصل الى المشتري من العبد يجب على المقر ضمانه ومقتضى كلام المصنف الآتي فيما لو سعى العبد انه لايضمن المقر الا أجرة المنافع دون مادفعه للكتابة عدم الضمان وحينئذ فاذا أخذه المشتري لايجب ضمانه دفعة أخرى انتهى (وفيه) انه كيف لايضمنه وقد فرط في دفعه له لعلمه بأن الحاكم يأمره بدفعه للمشتري وعلمه أيضا بأن العبد لابد وان يدفعه اليه اذا لم يكن عالما بالعتق فكأنه رماه في البحر فالاصل في الضمان التفريط وعدم الايصال اليه لاما قاله الشارح كما هو واضح (واعترضه) ثالثا بأن قوله أجرة المنافع تعد عند الحاكم ان أراد به تعين ذلك (ففيه) انه لايتعين بل ان أمكن أن يرصد في يد شخص بأذن العبد جاز بل هو متعين ومقدم على التسليم الى الحاكم (قلت) قد تقدم ما يدل على فساد هذا فكان الحال فيه كالحال النائب ويأتي بيان الحال ان شاء الله تعالى وكيف يصح للعبد أن يأذن وهو

وان كوتب بالقيمة أو بالادون أو بالازيد مع عدم التخليص الا به وجب على المقر تخليصه به فان سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف الميراث (متن)

ممنوع من ذلك شرعا خصوصا اذا لم يعلم بعتقه فاذا كان ملكه كان لمولاه وان لم يكن ملكه لا حاجة الى اذنه (واعترض) على المصنف رابعا بأن قوله يضمنها لما يتبع به بعد العتق ليس بجيد لان مقتضاه الحصر في ذلك وليس بجيد لان هذا مال العبد ولتعذر ايصاله اليه على ما قرره المصنف ان تم لا يقتضي حصره في المصرف المذكور فانه لو صرف في مأكله وملبسه مع الحاجة جاز ولو صرف في نفقة قريبه اذا كان واجب النفقة جاز الى غير ذلك فلا وجه لما ذكره (وفيه) كما عرفت مرارا ان هذا المال اذا كان من منافع العبد وملكه كما هو المفروض وقد سلمه الشارح حيث قال هذا مال العبد وتعذر ايصاله اليه لزم أحد الامرين فكيف يصح التصرف فيها في منافعه وأقاربه ومنع المولى منها وهي ملكه لأن ملكه ملكه وان لم تكن من منافعه ولا من ملكه صح المقر (له خ) ولمن يأذن له التصرف فيها وحيث قلنا انها ليست ملكا والمقر حاجة في ابراء ذمته خوفا من عدم تمكنه بعد ذلك من ذلك على انه مأخوذ باقراره كان الشأن فيه كالشأن في مال الغائب يدفع الى الحاكم يحفظه له والغائب حاجته اليه بعد العتق كالجناية التي يقر بها العبد وينكرها المشتري وكما اذا أقر بمال أو أتلف مالا أو تزوج امرأة بغير اذن المشتري وهي حاصلة بحاله فانه يرصد لهذه بيد الحاكم ولا نمنع أن يصرفه في مأكله اذا احتاجه لا ملبسه لانه قد ينتزعه منه المشتري وفرض القريب الواجب النفقة نادر كحاجته اليه في المأكل فان كان كان للحاكم صرفه في ذلك وكيف كان فكلام الشارح غير جيد لانه اذا سلم أنه ملكه كيف يصح له أن يجوز التصرف فيه والشرع بظاهره يمنعه منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كوتب بالقيمة أو بالادون أو الازيد مع عدم التخليص الا به وجب على المقر تخليصه به ﴾ أي بما كوتب به سواء كان زائدا عن القيمة أو مساويا لها أو ناقصا عنها حيث تعذر فكه وقد لا يكون قوله بالازيد رجوعا عن الاشكال السابق في وجوب التخليص بالازيد من القيمة لان الغالب في الزيادة هنا أن تكون قليلة بخلافها هناك حيث يمتنع من بيعه فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سعى العبد ضمن الاجرة خاصة على الاقوى بخلاف الميراث ﴾ أي فان لم يخلصه من مال الكتابة لقصوره أو تقصيره وسعى العبد في أداء مال الكتابة فالواجب على المقر ضمان أجرة منافعه خاصة لان الاجرة قيمة المنفعة المستوفاة وكل منفعة مستوفاة من الحر مضمونة ولا يضمن ما أداه من مال الكتابة لانه دفعه بغير اذنه في فك رقبة لم تدخل تحت ضمانه لان رقبة الحر لا تضمن وفرق بين ما أخذه مولاه من كسبه وبين ما دفعه في مال الكتابة لان ما أخذه مولاه من كسبه قهره مولاه عليه بسبب من المقر شرعي في الظاهر لانه أي السبب موجب بغير اختيار العبد والسبب الشرعي ظاهرا كالمباشرة في الاتلاف كالشهود الزور في القتل فانهم يقتلون دون الحداد وأما مال الكتابة فالعبد هو الذي قرره في نفسه فلم يكن المولى سببا تاما فيه واحتمل في (الايضاح) انه يضمن أكثر الامرين من الاجرة وما أدى في الكتابة لان المقر سبب في اتلافه والمباشر هنا ضعيف والسبب أقوى لان المقر صير كسب العبد مملوكا لغيره فان لم يكاتب ملكه بكونه كسب عبده وان كاتب ملكه بالكتابة فكان كما لو قدم الغاصب الى المغصوب منه طعامه مع جهله فأكله وفي (حواشي الشهيد) لو قيل بالأكثر كان وجها وفي (جامع المقاصد) انه الاصح (قلت) أكثر

وان اعتق من الزكاة فلا ضمان فيه وكذا لو ابرأه السيد ولو عجز عن آداء الجميع وجب دفع ما يتمكن منه ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص (متن)

الفروع انما تتخرج على ضمان أكثر الامرين واحتمل فيه تبعا للايضاح ضمان أقل الامرين لانه ان كان المدفوع أقل فهو التالف وان كانت الاجرة أقل فهي المضمونة على ماسبق أولا قال في (جامع المقاصد) وضعفه معلوم وأما قوله بخلاف الميراث ففي الحواشي انه جواب دخل مقدر تقديره لم حكمت هنا بضمان الاجرة ولو فرض موته فأدى مال الكتابة من ميراثه وجب ضمانه للوارث وان كان أويد من أجرة المنافع (وجوابه) انه مدفوع بأمر الشارع لا باختيار المكاتب وأمر الشارع نشأ عن تسبب المقر فيكون عليه ضمان الجميع وقال في (الايضاح) يريد أن يبين الفرق بين مال الكتابة وبين ماأدى في فك رقبته او مات مورثه ولم يخلف وارثا غيره وخلف تركة فان المقر يضمن العين لانه أداه بأمر الشارع فيما وجب عليه شرعا ظاهرا بسببه فلم يتحقق فيه تبرع أصلا ولا تتصور الاجرة هنا ولا يحتمل هنا عدم ضمانه لما دفع وحاصله أن الدفع هنا بأمر الشارع الناشئ عن رهن المقر والمدفوع هناك باختيار العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اعتق من الزكوة فلا ضمان فيه ﴾ أي لو اشترى هذا العبد من الزكوة وأعتق أو أدى مال الكتابة من الزكوة فلا ضمان في هذا المال اذ لا منافع مستوفاة اذ لا تفويت ولم يدخل المأخوذ في ملك العبد واحتمل الشهيد ضمانه للاصناف وقواه هو والمحقق الثاني لان صرفه في غير وجهه مستند الى تسبيبه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو أبرأه السيد ﴾ أي لاضمان في هذا المال الذي أبرأه السيد اذ لا مال يقتضي الاقرار ولا ابراء ويحتمل أن يكون المراد أن لاضمان عليه أصلا اذ لم يستوف المشتري شيأ من منافعه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عجز عن أداء الجميع وجب دفع مايتمكن منه ﴾ أي لو عجز المقر عن أداء جميع مال الكتابة وجب عليه أن يدفع مايتمكن من دفعه لان فيه تخفيفا على العبد وتقليلا لدينه ومالا يدرك كله لايترك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كانت مشروطة فدفع القيمة لعجزه عن تمام مال الكتابة ثم استرق رجع المقر بما دفعه في التخليص ﴾ يريد لو أن المشتري كاتب العبد فدفع المقر قيمة العبد اليه أو الى المشتري باذنه لعجزه أي المقر عن تمام الكتابة لان كان أزيد من القيمة ثم ان العبد عجز عن أداء تمام الكتابة فرده المشتري الى الرقية فان المقر يرجع بما دفعه في التخليص لانتفاء غايته واحتمل الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني عدم الرجوع لان المشتري ملكه بالدفع على انه من مال الكتابة فالشان فيه كالشان في المأخوذ من الزكوة فانه لايستعاد لو دفع الى المولى أو الى العبد فدفعه الى المولى فبها أولى (قلت) عدم استعادتها أي الزكوة في الفرض محل تأمل ولم أجد مصرحا به لا في باب الزكوة ولا في باب المكاتب بل ظاهر بعض العبارات في البابين أن الزكوة انما تدفع حيث تورث حرية (وقال) المحقق الثاني الحق أن يقال له الرجوع فيما بينه وبين الله عز وجل ان كان اقراره صحيحا واما ظاهرا فان دفع الى المشتري ذلك وأخبره بالصورة حين الدفع فله الرجوع عليه وكذا لو أقر بأن الدفع ما كان الا لهذه الجهة والا فلا (قلت) الحق ان كان اقراره صحيحا ودفع ذلك الى العبد فدفعه الى المشتري فلا رجوع له بحال وان كان دفعه الى المشتري باذن العبد أو بدونه فله الرجوع اذ المفروض علم المشتري بذلك لانه في الصورة الاولى يملكه العبد الذي هو حر ولا كذلك في الثانية

ولو جنى على عبد المقر او نفسه او مورثه وكان عبدا او مكاتبا خلص منه بقدرها ولو اوصى لشخص بخدمته دائما ولآخر برقبته فاعتق ضمن له اجرة المثل لكل خدمة مستوفاة ولو مات عبدا ضمن لوارثه الحر اجرة منافعه المستوفاة وما وصل الى مولاه من كسبه ولو اعتقه فاخذ كسبه بالولاء ضمن للامام (متن)

وكلام المصنف ينزل على الصورة الثانية وأما حيث لايعلم المشتري فلا رجوع له ظاهرا ولا باطنا وان كان اقراره ظاهرا فتفصيل المحقق المذكور هو المتعين وذكر القيمة في الفرض لان الواجب عليه فكه بما يتمكن وحيث عجز عن تمام مال الكتابة تعينت القيمة كما سلف له من قوله وان كوتب بالقيمة الى آخره فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ولوجنى على عبد المقر أونفسه أو مورثه وكان عبدا أومكاتبا خلص منه بقدرها﴾ اذا جنى هذا العبد الذي أقر الراهن بحريته وكان باقيا في قيد الرق كأن كان قنا صرفا أومكاتبا على عبد المقر أو نفسه أو مورثه الذي مات قبل الاستيفاء وورثه المقر فانه يخلص منه من سلطان المشتري مقدار ماأوجبته جنايته كلا أو بعضا فان كان الثاني وجب عليه أي المقر السعي في تخليص ما بقي ومن المعلوم أن المراد ما اذا كانت الجناية عمدا ولم يقتص أو خطأ وسلمه المشتري ولم يفده فلا ينبغي من الشهيد أن يناقش المصنف في الواضحات وقد تبعه على ذلك المحقق الثاني قال في الحواشي هذا ليس على اطلاقه بل انما يتم اذا كانت الجناية خطأ ولم يفده المالك أو عمدا ولم يقتص أما لو اقتص أو فداه المولى لم ينسحب الحكم انتهى وكيف كان فيسقط عنه وجوب تخليصه لكن لايسقط عن العبد القصاص في العمد ولا المال في الخطأ فلو ثبت له عليه أجرة المنافع تقاصا حيث تجتمع شروط التقاص أو يتهاترا صلحا ولو فداه المشتري حرم عليه أخذ العوض ولو لدفعه في قيمته ليفكه بالشراء الا أن يخبره بالحال ويدفع اليه تبرعا فلو لم يتبرع دفعه الى الحاكم وكان كالمجهول المالك ولو خلص العبد من الرق وتقاصا أو تهاترا صلحا على الظاهر فليتأمل وليس للمقر المطالبة بالجناية حيث يفكه المولى مادام في قيد الرق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أوصى لشخص بخدمته دائما ولآخر برقبته فأعتق ضمن له أجرة المثل لكل خدمة مستوفاة ﴾ يريد أن المقر في هذا الفرض يضمن لهذا العبد الذي صار حرا واستحقت خدمته كل خدمة استوفاها الموصى له وأما المنافع التي فاتت فانها لايجب ضمانها لان منافع الحر لاتضمن بالفوات وفي (جامع المقاصد) انه يضمن له كل ما استوفاه منه مما له قيمة من خدمة وغيرها وهو كذلك بناء على ضمان أكثر الامرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو مات عبدا ضمن لوارثه الحر أجرة منافعه المستوفاة وما وصل الى مولاه من كسبه﴾ يريد أنه لو مات العبد عبدا ضمن لوارثه الحر الذي لامانع له من الارث منافعه المستوفاة وما وصل الى مولاه من كسبه وهذا لايجري الا على القول بضمان أكثر الامرين ويحتمل أن يكون المراد لو مات العبد وقد أوصى به قبل ان يعتق على ماسبق وقال في (جامع المقاصد) ولو سكت عن قوله الحر لم يضر لان العبد لايعد وارثا والتقييد بالحر لايكفي في كونه وارثا أجرة منافعه المستوفاة على ماسبق وما وصل الى مولاه من كسبه (قلت) وقد يكون التقييد بالحر لاخراج ما اذا كان وارثه رقا ولكن منافعه تقوم بفكه ويبقى منها بقية فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو أعتقه فأخذ كسبه بالولاء ضمن للامام﴾ يريد أن المشتري لو أعتقه تبرعا بحيث ثبت له عليه الولاء ظاهرا فأخذ كسبه بالولاء ارثا فان المقر يضمنه للامام اذا كان المقر قد أعتقه سائبة اذ لو أعتقه تبرعا كان الولاء له والى ذلك أشار الشهيد في حواشيه حيث قال

ولو انتقل الى مورث المقر فأعتقه في كفارة او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها اخرج الكفارة والنذر ولا تزاحم الديون والوصايا مع التكذيب ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا (متن)

في كلام المصنف ليس على اطلاقه بل ان اعترف بعتقه في واجب والا فلا و بالجملة في موضع يكون الامام وارثا انتهى واطلاقه ضمان الكسب للامام يتخرج على ضمان اكثر الامرين والا فضمن اجرة المنافع خاصة كما في جامع المقاصد ﴿قوله﴾ ﴿ ولو انتقل الى مورث المقر فاعتقه في كفارة او نذر غير معين وحاز المقر التركة او بعضها اخرج الكفارة والنذر ﴾ اذا حاز المقر التركة وحده من غير شريك وقد كان مورثه اعتقه في كفارة فلا ريب ان اعتاقه غير مجز لان عتقه باطل لانه اعتق حرا وكذلك لو نذر عتقه بعينه فان نذره باطل فلهذا فرض المصنف انه اعتقه في نذر غير معين حتى يصح النذر و يبطل العتق فيصير انه لو اعتقه حيث يجب عليه عتق بنذر او كفارة فان العتق يبطل وتبقى الكفارة والنذر في ذمة مورثه فيجب عليه ان يخرجهما مما في يده وكذا لو كان مورثه اعتقه في زكوة واجبه وجب على المقر اخراج تلك الزكوة والامر في ذلك واضح اذا كان قد حاز كل التركة واما اذا كان قد حاز بعضها فان صدقه الشريك فذاك وان كذبه فلا بد ان يكون البعض بقدر الكفارة وان يكون الاقرار ينزل على نصيبه كما هو مقتضى كلام المصنف وان قلنا ان كل اقرار ينزل على الاشاعة لانه غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تزاحم الديون والوصايا مع التكذيب ﴾ يريد أن هذه الكفارة الباقية في ذمة مورثه لا تزاحم الديون مع تكذيب ارباب الديون له في انه حر لو ضاقت التركة فلا يقبل اقراره عليهم ويجب عليه صرف التركة في الدين وتبقى الكفارة في ذمة مورثه وقد حصل مقصوده بما فعله مورثه لانه كان يجب عليه دفع قيمته الى المالك وقد حصل لكن يجب عليه اخراج الكفارة من التركة على ما يقتضيه التقسيط بحيث لا يعلم ارباب الدين بل لو كان أجنبيا لوجب عليه ذلك اذا كان المال في يده كما اذا كان في ذمة الميت دين وعلم ان الوارث لا يؤدي فانه يؤدي اما مستقلا أو باذن الحاكم كمسئلة الحج وحينئذ فالواجب انما هو القدر الذي اشتراه به مالم يزد عن ثمن المثل اوعن قيمته يوم اعتقه ولعل المدار على قيمته يوم اعتقه سواء زادت بتعلم صنعة أو زيادة صفة أو نقصت بفقدهما وكذلك الحال في النذر الغير المعين من دون تفاوت ويبقى الكلام في تصوير مزاحمة الوصايا لها بحيث تستوعب التركة ولا ينفذ قرار المقر على اربابها لان الوصايا من الثلث فلا بد ان يبقى بعدها بقية فتصرف في النذر أو الكفارة نعم قد يتصور قصور الباقي فلا تزاحم في الثلث الا ان تقول انه يتصور ذلك فيما اذا اجاز الوصايا فيوأخذ بها ظاهرا وأن حرمت عليه اجازتها هذا وفي (الحواشي) انه لا يزاحم اذا لم يصدقوه وأما اذا صدقوه فانه يزاحم وانما يتم اذا كان المورث عالما اما مع الجهالة فان الغرم يختص بالمقر وان صدقوه انتهى فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو استولدها المشتري لم يحسب على الولد نصيب المقر لو كان وارثا ﴾ يريد انه لو كان هذا المملوك امة وانتقلت الى المشتري فاستولدها ومات وكان المقر وارثا له فان نصيبه من المستولدة على تقدير الرقية لا يحسب على الولد من نصيبه من التركة لاعترافه بكونها حرة (قلت) بل يجب عليه أن يدفع القيمة الى باقي التركة عن الولد فلو غرمها

ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينعتق ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر (متن)

الولد لهم غرمها له لانه مكلف بالفك ﴿قوله﴾ (ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فلا يخرج ما اوصى له به منها الا في اخذه في دينه لو دفع اليه فينعتق) لما كان هذا العبد حرا عند المقر فلو أن مشتريه أوصى لهذا المقر من ماله بشيء معلوم (معين خ ل) شخصي أو غير مشخص وكان محتمل الزيادة عن الثلث ومات ولم يجز الوارث فاحتجنا الى معرفة قدر الثلث لتخرج منه الوصية فأن العبد لا يحسب من التركة لانه ليس منها بزعم المقر فيكون له من الثلث بحسابه وكذا لو اوصى له بثلث ماله فأنه يأخذ من كل شيء ثلثه الا العبد لكنه يجب عليه ان يطلب من الوارث ان يحصر له ما اوصى له به في العبد ويصالحه به عما شخصه له اذا انحصر لانه لا طريق الى فكه حينئذ سواه وقال في (جامع المقاصد) قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه المتبادر منه ان ما اوصى به المشتري المقر لا يخرج فان الضمير الاول للمقر والثاني للوصيه والثالث للعبد ولا محصل له لانه لو اوصى له بعبد يختاره الوارث فدفع اليه هذا العبد لم يكن له الامتناع بعد قبول الوصية خصوصا اذا توقف تخليصه على القبول فانه يجب قطعا ويحسب من مال المشتري على هذا التقدير فلا تخلو العبارة من شيء الا أن تنزل من على معنى السببية وفيه مالا يخفى (قلت) اذا ضمنا يخرج معنى يحسب لم يبق في العبارة شيء هذا واما قوله الا في اخذه في دينه الى آخره فقد قال في جامع المقاصد في بيانه ما نصه لو كان ما اوصى به له المشتري دينا فدفع اليه عن دينه وجب القبول فينعتق عليه حينئذ بمقتضى اقراره ثم قال (فأن قلت) انما يجب قبول المدفوع اذا ساواه جنسا او قدرا فكيف يجب قبول العبد (قلت) يمكن فرض المساواة كما لو كان العبد ثبت بالسلف وطابق الواجب ما في الذمة ويجب ايضا قبوله لو انحصر طريق تخليصه من الرق في قبوله عن الدين لا ان امكن تخليصه بوجه آخر فاطلاق بعض الشارحين وجوب القبول لا يخلو من شيء (قلت) ماذكره مراد المطلق لمكان القرينة التي هي القاعدة المعلومة ثم ان كلامه هذا يدل على ان الاستثناء استثناء من جملة قوله فلا يخرج ما اوصى له به منه وقد قال بعد ذلك وليس الاستثناء منقطعا لانه مما دل عليه قوله ولا يحسب من مال المشتري بالنسبة الى المقر فكأنه قال لايحسب منه في حال الا في اخذه من دينه على تقدير دفعه وعبارة الكتاب خالية عن الدلالة على وجوب القبول لان في كونه في حال الاخذ عن الدين محسوبا ما لا لا يستلزم وجوب الاخذ انتهى فتأمل وقوله الاخير لا يخلو من شيء لان المفروض بل والمتبادر انحصار الطريق فتأمل ﴿قوله﴾ (ولو اعترفا بقبض العدل الرهن لم يضر انكاره في اللزوم ان اشترطناه) الضمير في انكاره راجع الى العدل فالمعنى انه لو اعترف الراهن والمرتهن بقبض العدل عن المرتهن بأذن الراهن وانكر هو لم يضر انكاره في صحة الرهن ولزومه ان قلنا بأشتراط القبض لان تصديقه لا أثر له اذ المعتبر اقرارهما ﴿قوله﴾ (ولو اعترف احدهما خاصة فالقول قول المنكر) لانه ان كان هو الراهن فلابد من اليمين لنفي دعوى المرتهن وان كان المرتهن انتفى عنه بغير يمين وقد يكون انكاره ليستفيد به فسخ البيع المشروط به اذا كان قد تلف فلابد من اليمين كما هو الظاهر من الكتاب لا كما فهمه في جامع

ولا تقبل شهادة العدل عليه ولو قال المالك بعتك السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين ويأخذ المالك سلعته ﴿المقصد الثالث في الحجر﴾ الحجر واسبابه ستة الصغر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس (متن)

المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا تقبل شهادة العدل عليه﴾ اي على المنكر لان الفرض كونه وكيلا في القبض الذي به لزم الرهن ولا تقبل شهادة الوكيل فيما هو وكيل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال المالك بعتك السلعة بألف فقال بل رهنتها عندي بها فالقول قول كل منهما في العقد الذي ينكره بعد اليمين ويأخذ المالك سلعته ﴾ لان كلا منهما مدع لشيء وينكره الآخر فيتحالفان ويندفع كل من العقدين المدعى بهما فيأخذ المالك سلعته ويبقى الدين في ذمته أي المالك بلا رهن ان اعترف به والا حلف يمينا جامعة لنفي الدين والرهن ﴿ المقصد الثالث في الحجر ﴾ وهو المنع من التصرف ﴿ قوله ﴾ ﴿الحجر﴾ مثلثة المنع كما في القاموس والمحجور عليه هو الممنوع والفقهاء كثيرا ما يحذفون الصلة تخفيفا لكثرة الاستعمال فيقولون محجور قال في (المبسوط) الحجر في اللغة هو المنع والحصر والتضييق الى ان قال فاذا ثبت هذا فالمحجور عليه انما سمي بذلك لانه يمنع ماله من التصرف فيه فاشار الى بيان الوجه في التسمية وما في التحرير من انه لغة المنع (وفي الشرع) منع الانسان عن التصرف في ماله وكذا ما في الشرائع من ان المحجور عليه شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله لا يريدان بذلك أن الحجر حقيقة شرعية كما قد يتوهم بل المراد بالشرعي هنا المتوقف على الشرع في الجملة ومقابله اللغوي والعرفي اعني مالا توقف له على الشرع اصلا فلا يقدح في الشرعية استعمال الحد على شيء من المفهومات اللغوية نعم يقدح فيه عدم اشتماله على شيء من المعاني الشرعية ولم يوجد في كلامهم اطلاق شرعي على مثل ذلك ولما لم يشتبه بغيره من ابواب الفقه ما احتاجو الى ذكر بعض شرائطه واسبابه وقد اوضحنا الحال وازلنا الاشكال عن هذه المقامات عند الكلام على تعريف الرهن فلابد من ملاحظته والمحجور عليه اما لمصلحة الغير او مصلحته (والاول) خمسة اقسام حجر المفلس وحجر الراهن وحجر المريض وحجر العبد والمكاتب وحجر المرتد فانه لحق المسلمين (والثاني) ثلاثة حجر المجنون وحجر الصبي وحجر السفيه وقد أورد على التعريف المذكور اعني منع الانسان عن التصرف في ماله ايرادات ومناقشات وتندفع كلها بان يراد بالمنع فيه المنع في الجملة أو على بعض الوجوه اذ لا منع شرعا فيما نحن فيه عن الكل اذ ليس في الستة اضعف من الصبي والمجنون وهما غير ممنوعين عن اكل ما لهما عند الحاجة والشرب والسكنى وليسا ممنوعين عن العبادات ايضاً والظاهر أن العبد كذلك فاندفع ما يقال انه أن اريد البعض يشكل بالصبي والمجنون وأن اريد الكل يشكل بالمريض ولا حاجة في دفع ذلك الى ما في المسالك وغيره بان المراد هو الاعم و بان يراد باضافة المال اليه ما هو اعم من الملك حقيقة أو ظاهرا وبحسب كونه في يده مسلطا عليه فيخرج المغصوب منه ويدخل العبد وأن قيل انه لا يملك ولا ينبغي حمله مبنيا على مذهب من يقول انه يملك كما في المسالك لان المنع الذي ذكر فيه اعم من كونه عن ماله أو ما في يده من مال سيده ﴿ قوله ﴾ ﴿ واسبابه ستة الصغر والجنون والرق والمرض والسفه والفلس ﴾ قد عرفت ان هذه هي التي جرت العادة بذكرها والا فهناك اسباب أخر تذكر في محالها كحجر البايع المثمن حتى يقبض الثمن اذ اوجبنا تأخيره وحجرهما الثمن والمثمن

وهنا فصول (الاول) الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات (متن)

مع وجوب المساوات وحجر الصباغ والخياط حتى يقبضا الاجرة وحجر المرئة البضع حتى تقبض المهر والمرتهن الرهن حتى يقبض المال وحجرة الردة الى غير ذلك كالحجر على الراهن وعلى العبد والمكاتب وقد قيل في وجه الحصر في الستة ان الحجر اما عام للاموال والذمم أو خاص بالاموال والاول اما أن يكون ذا غاية يعلم زوال سببها أولا والاول الصغر والثاني الجنون والثاني أما أن يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحته أو مصلحة غيره والاول السفه والثاني اما أن لا يكون مالكا المحجور عليه فيه أولا والاول الرق والثاني اما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أولا الاول الخامس وهو الفلس والثاني المرض انتهى فتأمل فيه وثبوت الحجر بالستة مجموع عليه مضافا الى الادلة الآتية على كل بانفراده مع موافقة الاعتبار كما ستسمع ذلك كله ان شاء الله تعالى وهي المخصصة للاصل وعموم الادلة باثبات السلطنة وفي (حواشي الشهيد) ان الحجر ثابت بالنص والاجماع وأجمعت الامة على شرعيته وما صنعه المصنف هنا من ذكره الفلس في باب الحجر أولى مما في الشرائع والتذكرة وغيرهما من ذكره في باب على حده وكأنه لكثرة مباحثه وشدة ربطه الدين حمل بعده وقبله على اختلاف الآراء والأمر في ذلك سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهنا فصول الاول الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات ﴾ بالنص والاجماع كما في (التذكرة) قال سواء كان مميزا أم لا الا ما استثني كعباداته واسلامه واحرامه وتدبيره ووصيته وايصال الهدية واذنه في دخول الدار على خلاف في ذلك وقد حكينا في باب الوقف عن المسالك اجماع المسلمين على انه لا يصح وقفه ونحوه عن السرائر الى غير ذلك مما ذكرناه هناك وفي (مجمع البرهان) دليل الحجر على الصبي هو قوله تعالى (وابتلوا اليتامى) الآية والسنة واجماع الامة على كونه محجورا عليه في الجملة واما عن جميع التصرفات فالظاهر انه لا دليل عليه ولا قائل به فقوله في التذكرة محجور عليه في جميع التصرفات يراد به الا ما استثني ويؤيده ان خروج العبادات والاسلام والاحرام من ذلك ظاهر بل المتبادر التصرف المالي كما أفصحت به عبارة المبسوط والغنية والشرائع والنافع والتحرير وغيرها حيث قيل فيها انه ممنوع من التصرف في ماله أو من التصرف المالي ونحو ذلك وأما غير الثلاثة المذكورة فلا كثير على المنع الا في ايصال الهدية والاذن في دخول الدار كما في (مجمع البرهان) قال والظاهر ان هذين لا يحتاجان الى الاستثناء فانه محجور عليه الا باذن الولي ورأيي في باب الوقف ماله نعم تام في المقام حيث ذهب جماعة الى صحة وقفه ووصيته وصدقته فلا بد من مراجعته ولا يعتبر في الحجر أن لا يصح أصلا الا أنهم قالوا لا يحتاج الى علم المهدى اليه والداخل بكون ذلك باذن الولي صريحا فلعله يكتفى بالظاهر للعادة بأن الهدية في محلها لم يأت بها الولد الا باذن وليه وكذا الاذن في الدخول لا يكون الا باذنه للقرينة فكأنه اكتفى فيهما بمثله للظهور وسهولة الأمر لكثرة التداول والشيوع بين المسلمين من غير نكير فكأنه كان في زمانهم عليهم السلام مع عدم المنع فتقريرهم هنا ثابت وهو حجة (قلت) مرجع ذلك الى طريقة مستقيمة وسيرة ثابتة واجماع مستمر قال ولا يبعد ذلك وامثاله مثل قبول مثله من عبده وولده وتسليم ظرفه اليهما وكذا تسليم ما كان عند الانسان بالعارية ونحوها الى شخص يوصله اليه من غير اذنه سواء كان عبد المرسل أو ولده أو غيرهما كما هو المتعارف خصوصا اذا كان بينهما الصداقة وعلم من حاله أنه لا يكره

وانما يزول الحجر عنه بامرين البلوغ والرشد اما البلوغ فيحصل بامرين انبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلما او كافرا ذكرا او انثى والاقرب انه امارة (متن)

مل يرضى علما أو ظنا متاخما له ويدل عليه عموم أدلة قبول الهدية من غير تفصيل بان يكون الموصل حرا بالغا فتأمل ومع ذلك الاحتياط أمر مطلوب انتهى (قلت) فيما ذكره من استقامة السيرة واستمرار الطريقة وانعقاد الاجماع مايدفع التأمل ويغني عن الاحتياط ان ثبت عموم الحجر لجميع التصرفات

﴿ قوله ﴾ ﴿ وانما يزول الحجر عنه بأمرين البلوغ والرشد أما البلوغ فيحصل بأمرين انبات الشعر الخشن على العانة سواء كان مسلما أو كافرا ذكرا أو أنثى والاقرب انه امارة ﴾ أي دليل وعلم لا انه بلوغ بنفسه وقد اختير كونه بلوغا في صلاة التهذيب وصوم المبسوط وحدوده ووصايا النهاية والمهذب وخمس الوسيلة وصوم السرائر ووصاياها وصوم الشرائع وحجرها وحجر النافع وكشف الرموز وصوم الجامع وحجره وجهاد المنتهى والتذكرة وصوم التحرير وحجره وحجر الارشاد والتبصرة وصوم اللمعة والروضة وهو خيرة مجمع البيان وجوامع الجامع والغنية وكنز العرفان والجعفرية وقد حكي عليه الاجماع في الغنية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان ونوادر قضاء السرائر وكشف الرموز وكنز العرفان وصوم المسالك وفي حسنة بريد الكناسي ان الغلام اذا زوجه أبواه كان له الخيار اذا أدرك أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر في وجهه أو أنبت في عانته وفي خبر حمران سئلت أبا جعفر عليه السلام قلت متى يجب على الغلام أن يأخذ بالحدود التامة ويؤخذ بها فقال اذا خرج عنه اليتم وأدرك (قلت) فلذلك حد يعرف قال اذا احتلم وبلغ خمس عشرة سنة أو أنبت قبله الى أن قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر أو ينبت قبل ذلك وأما ما قربه المصنف من أنه امارة ودليل وعلم فهو خيرة المبسوط والخلاف وحجر التذكرة وكشف الحق وجامع المقاصد والمسالك وهو ظاهر الايضاح وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الخلاف) ان عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وفي (كشف الحق) انه مذهب الامامية وفي (التذكرة) انه دليل على البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا أجمع وقد استدل شيخنا في الرياض على قوله في النافع يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة الظاهر بل الصريح في كونه بلوغا لا دليلا باجماع نهج الحق والتذكرة وهما نصان في أنه دليل على انه ليس في الاول اجماع وانما فيه ذهبت الامامية كما سمعت وقد خبط في ذلك صاحب الحدائق في رده على صاحب المسالك فزعم ان اجماع التذكرة يرد القول بأنه امارة ودليل على سبق البلوغ مع انه قال في التذكرة قبل ذلك بلا فاصلة والاقرب انه دلالة على البلوغ فانا نعلم سبق البلوغ عليه لحصوله على التدريج وللشافعي قولان أحدهما انه بلوغ والثاني انه دليل على البلوغ وقال بعد ذلك بلا فاصلة أعني بعد قوله علماؤنا أجمع وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القولين الى أن قال وان قال انه بلوغ كان بلوغا في حق المسلمين والكفار ووجه انه بلوغ كذا وكذا ووجه انه دليل عليه وهو أظهر القولين عندنا ان البلوغ غير مكتسب الى آخره (وكيف كان) فقد استدل على كونه دليلا بتعليق الاحكام في السنة والكتاب على الحلم والاحلام فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يختص غيره بذلك ومعناه ان الحجر مستمر عليه الى أن يحتلم كما دل عليه الحديث فلو كان الانبات بلوغا بنفسه لم يكن مستمرا الى الاحتلام فتعين أن يكون امارة وبأن البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكتسب بالدواء ولحصوله على

التدريج والبلوغ لايكون كذلك (قلت) قد علق في الخبرين حكمان على الانبات وجعل فيهما كالاحتلام والخمس عشرة سنة فلم يتم الدليل الاول وقولهم ان البلوغ غير مكتسب والانبات قد يكون مكتسبا (فيه) انه بظاهره لو تم لدل على عدم جواز عد الانبات في العلامات المذكورة ولا كونه علامة على السبق ولعله لذلك تركه المحقق الثاني على ان القائلين به انما يريدون به الانبات الحاصل من جانب الله سبحانه بمقتضى العادة والطبيعة وحينئذ لايمتنع أن يكون نفسه بلوغا لانه مراد به ماهو أعم حتى يتجه ماذكروه فليتأمل وقولهم لحصوله على التدريج قد يقال عليه ان العلامة تحصل بمجرد خروج شيء من الشعر لانه يقع في أول تحريك الطبيعة في أول الشهوة ولا توقف له على تزايده حتى يتجه قوله والبلوغ لايكون كذلك فكان القول الاول أقوى مع موافقته للاصول الثلثة السالمة عن المعارض واجماعات القول الثاني لاتأبى الحمل على الاول فتأمل و يمكن ارجاع الاول الى الثاني بحمل حد البلوغ في كلام النهاية ونحوها على مايعم العلم والدلالة فيرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ في النهاية والتهذيب والمبسوط والخلاف وقيد الشعر بالخشن في العبارة وفاقا للمبسوط وغيره وهو المتبادر من الخبرين ولا ريب انه لا يكتفى بمجرد الشعر لعدم خلو المولود عنه في جميع الاحيان مضافا الى الاصل بمعانيه وقيده بكونه على العانة كغيره لاخراج غيره من الشعور النابتة في المواضع المعهودة وفي (المبسوط) لا خلاف ان انبات اللحية لايحكم بمجرده بالبلوغ وكذا سائر الشعور وحكم فيه بأنه علم على البلوغ والاجماع أيضا ظاهر المسالك و بذلك صرح في التذكرة وغيرها وحكم في صوم المبسوط ان اللحية والاشعار حد البلوغ ويمكن حمل الحد على مايعم نحو العلم وفي (التحرير) ان الاقرب ان انبات اللحيـة دال على البلوغ اما باقي الشعور فلا وقد يظهر من الشهيد الثاني انه في التحرير يقول ان انبات اللحية كانبات العانة والاحتلام و به أي بما ظهر من الشهيد الثاني جزم شيخنا في الرياض وقواه وليس كذلك على الظاهر لانه جعله في التحرير دليلا وامارة لا بلوغا بنفسه ونحوه مافي المبسوط والتذكرة حيث جعل فيهما علما ودليلا والحسنة يعني حسنة بريد لم يعمل بها أحد في خصوص ذلك بل ظاهر المبسوط والمسالك الاجماع على خلافها بل لا مخالف أصلا وان قواه في الروضة فهو معلوم بل المخالف الشافعي لاغير في أحد قوليه وقد سمعت ماأولنا به عبارة صوم المبسوط واطلاق اجماع الغنيـة منزل على المتبادر وهو انبات العانة بل لا ريب في ذلك هذا وقد يكون أراد في التحرير بالدليل السبب بمعنى انه بلوغ بنفسه لكنه في المسالك ذكر أن العادة قاضيـة بذلك وقد صرح في أول كلامه بأن الاغلب تأخير اللحية عن البلوغ وأغلبية التأخير تستلزم ثبوت التقـدم في غير الاغلب فلم تطرد العادة ثم لافرق بين اللحية وغيرها فان العلة نابتة في الجميع فلا وجه لتخصيصها بالدلالة دون غيرها ثم ان العادة متى كانت قاضية بدلالة نبات اللحية على البلوغ كان نباتها دليلا بمقتضى العادة وقد صرح في كلامه بنفي العبرة به عندنا في جملة مانص عليه من الشعور وظاهره الاجماع على ذلك فتأمل اذ يمكن تجشم الجواب عن الامرين وأما شعر الابط فلا اعتبار به عندنا كما في التذكرة كثقل الصوت ونهود الثدي ونتوء طرف الحلقوم وانفراق الارنبة واخضرار الشارب وأما انه لافرق في كون انبات شعر العانة دليلا على البلوغ في المسلمين والكافرين ففي الخلاف أن عليه اجماع الفرقة وأخبارهم وفي (التذكرة وظاهر كشف الحق) الاجماع عليه والمخالف الشافعي فانه جعله دليلا في حق الكفار خاصة لانه يمكن الرجوع الى المسلمين في معرفة بلوغهم ومراجعة الآباء والاعتماد على أخبارهم بخلاف الكفار ولان التهمة تلحق المسلم بهذه العلامة لانه يستفيد الكمالات والولايات والكفار يقتلون وتضرب عليهم

ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف (الثاني) خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والانثى (متن)

الجزية وأما انه لافرق في ذلك بين الذكر والانثى فهو المعلوم من معاقد الاجماعات والفتاوى لمكان الاطلاقات وتنقيح المناط من الحسنة أو الاجماع المركب ﴿قوله﴾ ﴿ولا اعتبار بالزغب ولا بالشعر الضعيف ﴾ الزغب محركه صغار الشعر ولينه حين يبدو من الصبي من باب تعب كما في القاموس وغيره وكأن المراد بالشعر الضعيف الذي ينبت قبل الشعر الخشن وقد ذكرها في التذكرة واقتصر في المبسوط على الزغب كما انه اقتصر في التحرير على الشعر الضعيف وفي (المسالك) ان الشعر الضعيف يعبر عنه بالزغب ﴿قوله﴾ ﴿ الثاني خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد سواء الذكر والانثى ﴾ أما كون خروج المني بلوغا فهو صريح المبسوط وفقه القرآن للراوندي والغنية والشرائع والتحرير والارشاد وفي (المسالك) الاجماع عليه في الذكر والانثى وهو معنى قوله في صلوة التهذيب ووصايا النهاية والمهذب وصوم السرائر ووصاياها وصوم الشرائع وكشف الرموز وصوم جامع الشرائع وحجره وحجر التذكرة وصوم التحرير وحجر التبصرة والجعفرية وحجر جامع المقاصد وصوم الروضة ان حده الاحتلام وانه يحصل به وانه بلوغ لان الاحتلام كما في التذكرة خروج المني الدافق الذي يخلق منه الولد وقال انه بلوغ في الرجل والمرأة عند علمائنا أجمع وفسر الحلم في التذكرة أيضا بخروج المني من الذكر وقبل المرأة مطلقا سواء كان بشهوة أو غيرها بجماع أم بغيره في نوم أو يقظة قال ولا يختص بالاحتلام بل منوط بتطاق الخروج مع امكانه واستكمال تسع مطلقا عند الشافعي وعندنا في المرأة خاصة وأما في جانب الذكر فما وقفت له على حد لاصحابنا وفي (المسالك) ان ما بعد العاشرة محتمل و به أي الحلم وظهور المني عبر في الغنية وادعى اجماع الطائفة وظاهر صوم المبسوط والوسيلة أو صريحها كنوادر قضاء السرائر تخصيص الاحتلام بالذكر وفي (مجمع البرهان) تحقق البلوغ ببلوغ النكاح بمعنى الحد الذي يتمكن معه من المجامعة والانزال جامع أم لم يجامع انزل أم لم ينزل وظاهر كلامه اجماع الاصحاب على تحقق البلوغ به وكلامه متصور على الذكور وفي (حومع الجامع) بلوغ النكاح هو أن يحتلم لانه يصلح للنكاح عنده أو يبلغ خمس عشرة سنة أو يبدت وتفسيره بلوغ النكاح هنا بالاحتلام لاينافي ما ذكره في المجمع من عدم ارادته منه فان المنفي ارادته على وجه الخصوص و لمثبت ارادته لكونه ممايعرف به بلوغ النكاح كما يقتضيه التعليل هذا والاخبار التي علقت فيها التكاليف اللازمة على الحلم والاحتلام معتبرة مستفيضة وفيها الصحاح والظاهر عدم الفرق في الاحتلام بين أن يكون الخروج في نوم أو يقظة خلافا لما حكي عن بعض أهل اللغة فقصره على الاول والنوم غير معتبر على الظاهر في البلوغ اتفاقا كما في الكفاية وفي (المبسوط والشرائع والتذكرة والكتاب) فيما يأتي وجامع المقاصد والروضة أن الخنثى ان أمنى من الفرجين وان حاض من فرج الاناث وأمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه وانه ان أمنى من أحدهما لم يحكم ببلوغه وفي (التذكرة) انه المشهور عند علمائنا وفي (المسالك) انه هو الذي اختاره أكثر العلماء ووجهوه بأنه لو أمنى من الفرجين فان كان ذكرا فقد أمنى من فرجه المعتاد وان كان أنثى فكذلك ومثله لو أمنى من فرج الذكر بعد مضي تسع سنين وامكان الامناء من الذكر لانه ان كان أنثى فقد بلغ بالسن وان كان ذكرا فقد أمنى في وقت امكانه وأما حيضه من فرج الاناث وامناؤه من

(الثالث) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى (متن)

فرج الذكور فدلالته على البلوغ واضحة وأما انه لو أمنى من أحدهما خاصة لايحكم ببلوغه فلجواز أن يكون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا ومثله لو حاض من فرج النساء خاصة (قلت) لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة جدا وللجويني قول نفى عنه البأس في التذكرة وكذا المسالك وكأنه مال اليه في التحرير وهو أن ذلك كاف في البلوغ لان خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا كما يحكم به لو خرج البول خاصة وكذا القول في الحيض والمني من فرج الانثى (قال) وكيف ينتظم منا أن نقول انه ذكر أمنى ولا نحكم بأنه قد بلغ ولان خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التعيين ومتى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ ولان خروجهما معا دليل على البلوغ فخروج أحدهما أولى لان خروجهما يفضي الى تعارضهما واسقاط دلالتهما اذ لا يتصور أن يجتمع حيض ومني رجل (وقد يقال) مع تحقق هذا البحث لا يبعد خروج الحيض من الذكر ولا خروج المني من ذكر المرأة والبول دليل خص من نص واجماع فالخروج عن الأصل وقول الاكثر بمثله مشكل فقد يحصل أن الخنثى المشكل لما كان منحصرا في الذكورة والانوثة وانما يشتبه حكمه في الالحاق بأحدهما فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقق فيهما أما لاشتراكه بينهما كالانبات أو لالحاق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة أو لكونه جامعا للوصفين على التقديرين كما لو أمنى من الفرجين أو حاض من فرج الاناث وأمنى من فرج الذكور حكم عليه بالبلوغ (اذا عرفت) هذا فعد الى عبارة الكتاب فان ظاهرها كعبارة الشرائع ان المني قسمان ما يكون منه الولد وما لا يكون وان البلوغ لايتحقق الا بالاول وقد قال في (المسالك) انه فهم هذا المعنى جماعة وفي (حواشي الكتاب) نقلا عن بعض العلماء انه يعلم المني الذي منه الولد مما ليس منه بأن يوضع في الماء فان طفى فليس منه الولد وان رسب فمنه الولد قال في (المسالك) والظاهر ان هذا المعنى فاسد بل المعتبر في البلوغ خروج المني مطلقا سواء صلح لتخلق الولد بحسب شخصه أم لا لاطلاق النصوص الدالة على ذلك المتناولة لمحل النزاع والوجه في هذه الصفة انها كاشفة لا مقيدة والمراد أن المني هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد وان تخلف في بعض الافراد لعارض وفي عبارة التذكرة خروج الماء الذي منه الولد فالصفة مقيدة ولا بد في هذا أيضا من ارادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك لئلا يوهم اشتراط كونه بالفعل وقيد بالموضع المعتاد مع اطلاق الادلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف خصوصا وفي بعضها ببلوغ النكاح فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في الذكر هلالية وتسع في الانثى ﴾ هذان الحكمان قد حكى عليهما الاجماع في الخلاف والغنية وظاهر نوادر قضاء السرائر وحجر التذكرة وكنز العرفان في تفسير الآية الشريفة وآيات المقدس الاردبيلي وفي (المسالك) ان بلوغ الذكر بالخمس عشرة هو المشهور بل كاد يكون اجماعا وان بلوغ الانثى بالتسع مشهور وعليه العمل وفي (السرائر) الاجماع واقع على التسع وفي (ايضاح النافع) ان بلوغ الذكر بخمس عشرة عليه الفتوى وفي (المقتصر) انه مذهب الجمهور من الاصحاب وظاهر مجمع البيان وكشف الرموز اجماع الاصحاب عليه وهو أيضا ظاهر آيات الاسترابادي وفي (المختلف وغاية المرام) انه المشهور بل قد تشعر عبارة الشرائع واللمعة بدعوى الاجماع حيث لم ينقل فيهما خلافا في الذكر مع

قلهما له في الانثى خاصة وقد حكيت الشهرة على الحكمين في المهذب البارع والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ومما صرح فيه بالحكمين حجر المبسوط وصومه وحجر الخلاف والغنية كما سمعت وحجر فقه القرآن للراوندي وصوم السرائر ونوادر قضائها كما عرفت ووصاياها وحجر الشرائع وصومها وحجر النافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والايضاح وصوم التحرير واللمعة وكنز العرفان وجامع المقاصد والجعفرية وصوم الروضة وحجر المسالك وآيات الاردبيلي وصلاة المفاتيح ومما صرح فيه باعتبار الخمس عشرة في الذكر جوامع الجامع وخمس الوسيلة وصوم جامع الشرائع وحجره وجهاد المنتهى والتذكرة والفقيه في موضع منه وفي (التذكرة والمسالك) ان بلوغ الذكر لا يحصل بالطعن في الخمس عشرة بالاستصحاب وفتوى الاصحاب وظاهرهما الاجماع ومما نص فيه على بلوغ الانثى بالتسع وسكت فيه عن ذكر الذكر صلوة النهاية ووصايا المهذب ونكاحه ونكاح الوسيلة فقد انحصر الخلاف في بلوغ الذكر في أبي علي فيما حكي عنه حيث قال انه أربع عشرة وظاهر الفقيه في باب انقطاع يتم اليتيم انه يحصل باستكمال ثلاث عشرة والدخول في الاربع عشرة وكأنه صار اليه بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي وصاحب المدارك وصاحب الكفاية وحكاه فيها(١) عن ظاهر التهذيب والاستبصار وحكاه في المدارك قولا ولم يعين القائل كما ستعرف لكنه في الفقيه تردد في الحد الذي يؤخذ فيه الصبيان بين الاربع عشرة والخمس عشرة وهو ينافي الاول وان بقي مترددا بين الاربع عشرة والخمس عشرة وقال في (المقنع) انه يؤخذ ما بين أربع عشرة الى ست عشرة ومثله ما في الخصال في أبواب الخمسة عشر لكنه في أبواب الثلاثة عشر ذكر ان بلوغه ثلاث عشرة الى أربع عشرة وفي موضع آخر من الفقيه وافق المشهور كما عرفت ويلوح من قضاء النهاية العمل بحديث الثمالي المتضمن أن بلوغ الصبيان ثلاث عشرة أو أربع عشرة وقد يلوح أيضا من الاستبصار وستعرف الحال في هذه الاقوال والخالف في الانثى ابن حمزة وابن سعيد في خمس الوسيلة وصوم الجامع وحجره ففي الاولين أن بلوغها بعشر سنين تامة وقد حكاه في اللمعة عن المبسوط ولعله في موضع لم يعثر عليه وفي الثاني تسع أو عشر وقد عرفت أنه في نكاح الوسيلة وافق المشهور وستسمع قول أبي علي من اعتبار التزويج والحمل مع التسع وقد ذكر في المسالك أن في بلوغ الذكر قولا بالثلاث عشرة ولم يعين القائل والالتفات فيه اما الى قول ابن الجنيد وهو بعيد لانه يجب أن يراد بالاربع عشرة في كلامه الدخول فيها وبالثلاث عشرة هنا اكمالها والدخول فيما بعدها أو الى قول الشيخ في النهاية من العمل بحديث الثمالي ان حمل على الاقل وهو غير متعين فيه أو مايلوح منه في الاستبصار من القول بالثلاث عشرة أخذا برواية عمار لكنها غير ضعيفة بل موثقة وهو قد قال استنادا الى رواية ضعيفة واستفادة ذلك من الاستبصار محل نظر الا أن يقال انه التفات الى مافي الفقيه في يتم اليتيم وهو أيضا بعيد في الجملة على انه لاختلاف كلامه لا يتعين ذلك مذهبا له وقد عرفت أن سبطه حكى القول بالدخول في الاربع عشرة ولم يعين القائل ونحن لم نجد به قائلا على التعيين وايراد الشيخ الحديث الدال عليه لا يقتضي كونه قولا له وكذا الصدوق وان اورده في كتابه الذي ذكر انه لا يورد فيه الا ما يفتي به لأنه قد اورد فيه ايضا ما ينافيه فلم يتعين ذلك مذهبا له وحكى في (مجمع البرهان) قولا بالدخول

---

(١) أي في النهاية (منه قدس سره)

في الخمس عشرة واختاره ولم اجد له في كلامهم عينا ولا أثرا ولعله ملتفت الى قول ابي علي بالاربع عشرة بناء على أن استكمالها انما يتحقق بالدخول فيما بعدها لكن الذي يستفاد من التنقيح وغيره ان مذهب ابي علي الدخول في الرابعة عشرة وقد قال في (مجمع البرهان) ان القول بالثلاث عشرة هو الظاهر من الشيخ في كتابي الاخبار وقد سمعت ما حكاه عن ظاهرهما في الكفاية ونحن نمنع الظهور فيما ادعياه وذلك أن الشيخ أورد في باب الصبيان حتى يؤمرون بالصلاة من الكتابين الاحاديث الواردة في تأديب الصبي بالصلاة وذكر في التهذيب حديث عمار في جملة هذه الاخبار ولم يذكر ما يوهم الاخذ به في تحديد البلوغ وأما الاستبصار فأنه اورد في اول الباب حديث علي بن جعفر في الغلام متى يجب عليه الصوم والصلاة قال اذا راهق وعرف الصوم والصلاة وعقبه بحديث عمار وهو هذا عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال اذا اتى عليه ثلاث عشرة سنة فاذا احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك اذا اتى لها ثلاث عشرة او حاضت قبل ذلك وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم ثم قال فاما ما رواه وساق الروايات المتضمنة لاخذ الصبيان بالصوم اذا أطاقوه وبالصلاة بست سنين او سبع سنين وفيما بين الست والسبع وقال فالوجه في هذه الاخبار أن نحملها على ضرب من الاستحباب والندب والتأديب والادلة على الوجوب لئلا تتناقض الاخبار وايراد حديث عمار في هذا الباب يقتضي كون الحديث المذكور وما قبله من جملة اخبار الباب ومقتضى الجمع الذي ذكره وجوب الصلوة عليه أو أخذه بها اذا راهق الحلم أو بلغ ثلاث عشرة سنة دون ما قبله ولا دلالة في ذلك على كون الثلاث عشرة حدا للبلوغ كالمراهقة والذي ينبغي أن يقال في كلام الشيخ انه انما قصد بما ذكره مجرد الجمع الرافع للتناقض دون أن يكون ذلك قولا فان رواية عمار صريحة في التسوية بين الغلام والجارية مما تضمنه من التحديد وهو خلاف الاجماع في الانثى وراء أن بدعه النمرين أو تحديد البلوغ وما ذكره فانما هو انه الظاهر من مذهب الشيخ ايماء الى التحديد بالثلاث عشرة فكأنه أراد بغيره الصدوق كما يفصح عنه ما ذكره في كتاب البيع حيث قال وفي تحققه بالشروع في الاربع عشرة قول قوي والاجماع على غيره غير معلوم بل هو ظاهر الاستبصار والفقيه وقد عرفت الحال في مافي الكتابين وعلى تقدير التسليم فلا ريب أنهما لا يقدحان في الاجماع واما صحيح عبد الله بن سنان أو حسنه الذي اعتمد عليه بعض متأخري المتأخرين عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم او لم يحتلم وكتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شيء الا ان يكون ضعيفا أو سفيها ففيه (اولا) انه لا يكافئ ادلة المشهور (وثانيا) انه يمكن أن يكون المراد اذا بلغ حد النكاح في ثلاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة الا ان ثلاث عشره بيان أو بدل من أشد أو يحمل الوجوب على تأكد الاستحباب ولا يضر الاول قوله احتلم أو لم يحتلم ولا الثاني قوله كتبت عليه السيئات فليتأمل ولا يبعد أن يراد منه كمال العقل وتحقق الرشد كما ورد في القرآن المجيد وقال بعضهم انه شاذ وهو كذلك لا بالتوجيه الذي ذكرناه وكذا غيره من الاخبار الاخر كالصحيح والموثقين والخبر المخالفة للمشهور المختلفة في الدلالة ويدل على المشهور في الذكور الاصول الكثيرة والاجماعات التي كادت تبلغ اثنى عشر اجماعا من صريح وظاهر ومشعر به بل هو معلوم ومع ذلك قد أيدت بالشهرات

المستفيض نقلها مع العلم بها واخبار الباب وهي بين عامية وخاصيـة فمن الاولى النبويان المرويان في الخلاف والغنية والتذكرة وكنز العرفان وغيرها ففي احدهما اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وماعليه واخذت منه الحدود ونحوه الاخر المروي عن ابن عمر وأما الاخبار الخاصية فمنها خبر حمران عن ابي جعفر عليه السلام الجارية اذ تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها الى أن قال قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يشعر او ينبت قبل ذلك وقد رواه في مستطرفات السرائر نقلا من كتاب المشيخة للحسن بن محبوب الا انه رواه عن حمزه بن حمران وحسنة الكناسي عن الباقر عليه السلام قال الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك والشهرات والاجماعات تجبر ما هناك من سند او دلالة فلا يعرج على ما يقال ان البلوغ أعم من الاكمال والشروع اذ النبوي اذا انجبر سنده كان نصا في المقام على انه قال في المسالك أن الداخل في الخمس عشرة لا يسمى ابن خمس عشرة لغة ولا عرفا فليتأمل واما الصحيح الذي فيه في كم يؤخذ الصبي بالصيام قال ما بينه و بين خمس عشرة سنة أو اربع عشرة سنة فانه ربما يستدل به على المشهور لظهوره في عدم الزامه بالصوم قبل الخمس عشرة لمكان التخيير النافي للوجوب العيني وحيث لا قول بالوجوب التخييري حتى من أبي علي تعين حمل الاخذ فيه على الاخذ المستحب كما يشهد به صدوره حيث قيل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلوة قال ما بين سبع وست سنين فقال في كم يؤخذ بالصيام الى آخر ما تقدم والأخذ الاول مستحب اجماعا فكذا الثاني جمعا يقتضيه السياق وتحديده الى الحد المذكور ظاهر اوصريح في ارتفاعه بالبلوغ اليه وهو ملازم للوجوب بعده اذ لا قائل بالاباحة حينئذ وكيف كان فلا يدل على مذهب أبي علي ولا على ما مال اليه او قال به بعض متأخري المتأخرين وكذلك الخبر الذي تضمن انه من ثلاث عشرة الى اربع عشرة على انه ضعيف شاذ كالموثق اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات الحديث والموثق الآخر اذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة الحديث (وقال كاشف الرموز) البلوغ يحصل بخمس عشرة ولعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على انه احتلم أو انبت وهو جيد جدا وأما الاخبار الدالة على بلوغه بالعشر فهي كثيرة واردة في الطلاق والوصية غير مكافئة للأدلة المتقدمة فيراد منها دفع الحجر عنـه في الامور المذكورة كما ذهب اليه جماعة ولا يلزم من ذلك حصول البلوغ تماما وهي مع قصور سندها معارضة ايضا باخبار أقوى منها تأتي انشاءالله تعالى في الطلاق ويدل على بلوغ الانثى بالتسع الاجماعات من صريح وظاهر وهي ثمانية معتضدة بما سمعته من الشهرات والاخبار المستفيضة والقائل بالعشر لا مستند له الا رواية مرسلة قاصرة عن المكافئة وما في الموثق انها اذا أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة فهو شاذ قاصر عن المكافئة ايضا والاصول مقطوعة بالادلة القاطعة وما ذهب اليه ابو علي من عدم ارتفاع الحجر عنها الا بالتزويج والحمل فشاذ لا مستند له هذا وظاهر التذكرة والمسالك اجماع الاصحاب على عدم كفاية الطعن في الخمس عشرة والتسع بل لا بد من اكمالها وهو مقتضى الاصول وظواهر النصوص والفتاوى الحاكمة بالبلوغ بهما بحكم التبادر والصدق عرفا وعادة كما سمعت ذلك آنفا عن التذكرة والمسالك وقد سمعت قوله صلى الله عليه وسلم في الخبر المروي في كتبنا مستفيضا اذا استكمل المولود خمس عشرة وما في الخبر أذا دخل بها ولها تسع سنين وهما صريحان في ذلك فمناقشته

(الرابع)الحيض والحمل دليلان على سبقه (متن)

في مجمع البرهان في ذلك واكتفاؤه بالطعن فيها لم تصادف محزها هذا والمعتبر من السنين الهلالية اعني القمرية دون الشمسية لان ذلك هو المعهود في شرعنا كما في المسالك وهو كذلك لانها المتبادرة لان كانت هي المتعارفة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الرابع الحيض والحمل دليلان على سبقه ﴾ كما هو صريح حجر الشرائع والارشاد والروضة والمسالك وصوم الروضة بل في الاخير الاجماع عليه تارة ونفى الخلاف عنه اخرى وفي (مجمع البرهان) الظاهر انهما دليلان بالاجماع وفي (التذكرة) الحيض في وقت الامكان دليل البلوغ لا نعلم فيه خلافا وصريح حجر المبسوط أيضاً وخمس الوسيلة وصوم التحرير أن الحمل علم ودلالة وهو ظاهر صوم المبسوط ووصايا النهاية والمهذب وحجر التذكرة في اثناء كلام له فيه لكن ظاهر صوم السرائر ان الحمل بلوغ وهو ظاهر حجر التحرير وكذا حجر التذكرة في أول كلامه وهو صريح نوادر (النوادر خ ل) قضاء السرائر ووصاياها وحجر الجامع بل نسب في الاخير القول بأن الحمل دلالة الى القيل وهو غريب وأما المخالف في الحيض في الظاهر ففي صوم المبسوط وحجره ووصايا النهاية وخمس الوسيلة ونكاحها وحجر الغنية وصوم السرائر ونوادر قضائها ووصاياها وصوم الجامع وحجر التحرير أن الحيض بلوغ بل في الغنية الاجماع عليه فالاجماعات متصادمة ظاهرا كالفتاوى بل في المسالك لا خلاف في كونهما دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف في كونهما بلوغا بأنفسهما ويمكن الجمع بأن يكون المراد من كونهما بلوغا بأنفسهما تعليق احكام البلوغ في الشرع عليهما وان كانا كاشفين عنه حقيقة ودليلين على سبقه بالانزال والسن ويرشد الى ذلك في عبارة المسالك قوله بعد ذلك بلا فاصل اما الحيض فقد علق الشارع احكام المكلف عليه في عدة اخبار كقوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل صلوة حائض الاخبار وقوله صلى الله عليه وسلم لأسماء بنت أبي بكر ان المرأة اذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها الا هذا وأشار الى الوجه والكفين ويبقى الكلام في عبارة الشرائع حيث قال انهما ليسا بلوغا في حق النساء بل قد يكونان دليلا على سبق البلوغ وظاهره انه متردد في دلالتهما مع انها اجماعية كما عرفت ولعله انما أتى بقد المفيدة للتقليل لانهما مسبوقان غالبا بغيرهما من العلامات خصوصا السن ودلالتهما على البلوغ بحيث يتوقف العلم به عليهما نادرة فناسبه التقليل ويمكن أن يكون التقليل في الحيض اشارة الى ماقالوه في باب الحيض من أن الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضا وان كان بصفته وانما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها وحينئذ تنتفي فائدة دلالته لانه قبلها لا اعتبار به وبعدها لا يحتاج اليه (ويمكن) أن يقال تظهر الفائدة في المجهول سنها فانها اذا رأت ماهو بصفته جامعا لشرائطه في القلة والكثرة يحكم بكونه حيضا ويكون دليلا على سبق البلوغ ولا يحكم بكونه قبل التسع مع ان الغالب في مثله أن لا يقع الا بعد التسع وحينئذ تتناوله دلالة النصوص على كون الحيض موجبا للاحكام لانه حيض لغة وعرفا ومعنى دلالتهما على سبقه انهما اذا وقعا نحكم ببلوغ المرأة قبلهما فلو أوقعت عقدا قبلهما بلا فصل نحكم بصحته (١) وليعلم ان الولد لا يتيقن

(١) وليعلم انه لا فرق بين الدليل والعلم والامارة والدلالة في كلامهم في هذه المقامات لكن قد يستعمل الدليل في نفس البلوغ والسبب كما احتملناه آنفا في عبارة التحرير ولقد رأيت الشهيد يفرق بين الدليل والامارة بفرق غير سديد على الظاهر المعروف من كلامهم قال الدليل لا يتأخر عن المدلول والامارة قد تقارن وقد تتأخر بمعنى تنفك فان أراد ان ذلك مراد في المقام فأول ممنوع وان أراد في غيره فمسلم اذ قد نسمع بكاء أهل الملك فيمكن انه قد مات ويمكن انه أغمي عليه (منه قدس سره)

والخنثى المشكل ان امنى من الفرجين او حاض من فرج النساء وامنى من الآخر حكم بلوغه والا فلا واما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء (متن)

الا بالوضع فاذا وضعت حكمنا بالبلوغ قبل الوضع لستة أشهر وشيء ان ولدته تاما ولا فرق بين كون ماولدته تاما وغير تام اذا علم انه آدمي أو مبدء نشوء كالعلقة كما في التذكرة والمسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والخنثى المشكل ان أمنى من الفرجين أو حاض من فرج النساء وأمنى من الآخر حكم بلوغه والا فلا ﴾ قد تقدم الكلام فيه مفصلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما الرشد فهو كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء ﴾ كما في المهذب البارع وايضاح النافع وجامع المقاصد عند بيان الاختبار والمسالك في موضعين منه والروضة ومجمع البرهان وهو قضية التذكرة في تذنيب ذكره ونحوه ما في التبصرة وكذا الارشاد ولم تذكر الملكة في المبسوط والخلاف وفقه القرآن ومجمع البيان والغنية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والمختلف والمقتصر وكنز العرفان والتنقيح وانما ذكر فيها كلها في بيانه أن يكون مصلحا لماله لكن كلام أكثر هؤلاء في بيان الاختبار كما ستسمع يعطي اعتبارها أي الملكة وفي (مجمع البيان) ان المراد به العقل واصلاح المال وهو المروي عن الباقر عليه السلام (قلت) حذف العقل من تعريف الرشد في عبارات الاصحاب مع وجوده في الخبر لان المفروض حصول العقل بل والبلوغ والغرض حصول مايعتبر بعد ذلك وأرسل في مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية انه حفظ المال وفي آيات المقدس الاردبيلي انه يكفي في الرشد حفظ المال فقط بحيث لايعد مضيعا له وان تصرف لايتصرف تصرفا غير لائق بحاله ولا يحتاج الى كون ذلك ملكة ولا يحتاج الى القدرة على الكسب ولا يضر عدم الكسب بل تركه تحصيل المال لان كل أحد ليس ممن له كسب أوقدرة على تحصيل المال فما ذكر في كتب الفقه مثل شرح الشرائع محل تأمل وقد قال في (مجمع الفائدة والبرهان) لاخلاف ولا كلام في اعتبار اصلاح المال بمعنى أن يكون له ملكة يقتدر بها على حفظه وصرفه في الاغراض الصحيحة لاغير لا بمعنى انه فعل مرة اتفاقا بل يكون ذلك من عقله ومعرفته وقال أيضا والظاهر انه لا يعتبر تكرار الفعل للملكة ولا اشتغاله بعمل يحصل به المال فالذي يترك صنعة أبيه ليس بسفيه ولا القدرة على حفظ الموجود وتحصيل المعدوم من المال كما اعتبره في شرح الشرائع (قلت) يأتي الحال في كلام القوم وأما حديث الملكة فليس الرشد الا كالعدالة والشجاعة والكرم والجبن والبخل وهي انما تعرف بآثارها ولايكفي فيها المرة ولا بدفيها من التكرار مرارا يحصل بها غلبة الظن اذ الملكة لايعرف حصولها بمرة كذا في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها (قلت) المدار على حصول العلم بتلك الملكة لاعلى حصول الملكة بتلك الافعال التي ذكروها فاذا رأيناه اذا أراد البيع ونحوه من الافعال يتوقف حتى يتبين الحال و يصبر حتى يتحقق الأمر بحيث لا يغبن ولا يضيع ولا يتساهل ولا يتسامح بل مع تبصر وتدبر علمنا حصول الملكة ولا نحتاج الى علم سابق ومعرفة قديمة ولا تكرار الفعل كما قد يستفاد ذلك من المبسوط كما ستسمع كلامه برمته وأما اعتبار الرشد في رفع الحجر ودفع المال فقد دل عليه الكتاب المجيد كقوله جل شأنه (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) والاجماع المحكي في الغنية والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان وظاهر نهج الحق حيث نسبه الى

ولا تعتبر العدالة (متن)

الامامية بل في التذكرة في موضع آخر انه لو بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله وان صار شيخا وطعن في السن عند أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وقصر الخلاف على أبي حنيفة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تعتبر العدالة ﴾ عند أكثر أهل العلم كما في التذكرة والمسالك وعند الأكثر كما في المقتصر ومجمع البرهان وفي (الرياض) بعد نسبته الى الاكثر قال بل عليه عامة من تأخر وفي (الروضة والكفاية) انه المشهور وقد طفحت عباراتهم أن المفهوم من الرشد عرفا اصلاح المال وفي (التنقيح) أنه لاشك فيه عند العرف وفي (مجمع البرهان) انه هو الظاهر المتبادر منه عرفا وانه هو الذي ذكره الاصحاب (قلت) والعرف مقدم على اللغة ان ثبت أن اللغة في خصوص المقام على خلافه كما حرر في فنه ثم ان الفسق أمر شرعي مغاير للرشد من حيث هو هو فكيف يعتبر مالا مدخلية لهم في فهمه فيما هو متداول بينهم ومتعارف عندهم تعارفا شائعا وعن (الكشاف) أن الرشد الهداية وفي (القاموس) الاهتداء ولعل المراد به في المقام الاهتداء الى اصلاح المال نعم في النهاية والصحاح أن الرشد خلاف الغي وقد فسر فيهما بالضلال وكيف كان فالقائل بعدم اشتراط العدالة أبو علي فيما حكي عنه وكاشف الرموز على الظاهر منه والمصنف في المختلف والتذكرة والتحرير ان كان فسقه لايستلزم التبذير والشهيدان في الحواشي واللمعة والمسالك والروضة وأبو العباس في المقتصر والمقداد في كنز العرفان والتنقيح ان لم يستلزم الفسق تبذيرا والفاضل الكركي في جامع المقاصد والفاضل القطيفي في ايضاح النافع والمقدس الاردبيلي في آياته ومجمع برهانه والخراساني في كفايته والكاشاني في المفاتيح وشيخنا في الرياض وهو ظاهر كل من اقتصر على اصلاح المال كالارشاد والتقييد في التذكرة والتحرير والتنقيح بما اذا كان الفسق لايستلزم التبذير ليس تفصيلا في المسألة لان التحجير على هذا الفاسق محل وفاق كما في التذكرة ومحل النزاع انما هو الفسق الذي لا يستلزم التبذير والمخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط والراوندي في فقه القرآن وأبو المكارم في الغنية وفخر الاسلام في شرح الارشاد حيث قالوا ان يكون مصلحا لماله عدلا في دينه وفي (الغنية) الاجماع عليه والمحقق في كتابيه متردد وما في الرياض من أن عبارة الشيخ المحكية غير صريحة فيه ولا ظاهرة من حيث التعبير بالاحتياط الظاهر في الاستحباب فلم يبق قائل به صريحا بل ولا ظاهرا الا مدعي الاجماع يعني صاحب الغنية غير صحيح لان الشيخ قال في (المبسوط) وايناس الرشد منه أن يكون مصلحا لماله عدلا في دينه فأما اذا كان مصلحا لماله غير عدل في دينه أو كان عدلا في دينه غير مصلح لماله لايدفع اليه ماله ولم يتعرض فيه لذكر الاحتياط أصلا ومثله عبارة الخلاف حرفا فحرفا غير انه قال وحد الرشد موضع قوله في المبسوط وايناس الرشد نعم قال في (الخلاف) بعد عدة مسائل اذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالاحوط أن يحجر عليه ثم نقل عن الشافعي قولين ثم قال دليلنا قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) و روي عنهم عليهم السلام أنهم قالوا شارب الخمر سفيه فوجب أن يمتنع دفع المال اليه فقد صرح بوجوب منعه ونحوه ما في الغنية ثم ان كلامه هذا في مقام آخر كما يرشد اليه صريح كلامه في المبسوط قال واذا بلغ الصبي وأونس منه الرشد ودفع اليه ماله ثم صار مبذرا مضيعا لماله حجر عليه واذا صار فاسقا الا أنه غير مبذر فالظاهر أنه يحجر عليه ثم استدل بالآية والرواية كما في الخلاف فالمسئلتان مختلفتان اذ محل النزاع في الابتداء (وما قيل) فيه انه أحوط انما هو في الاستدامة على أن

عبارة الغنية كعبارة الخلاف وكأنه لم يلحظ كلامه في الغنية الى آخره فان كان عول شيخنا في الرياض على المختلف فهلا عول على صريح كلامه أولا الناس على أن الشيخ في المبسوط والخلاف اشترط العدالة ثم انه في المختلف بعد عدة مسائل ذكر هذه المسئلة أعني ما اذا صار فاسقا الى آخره وقال انه بناه على أصله من اشتراط العدالة في الرشد وبسبب ذلك ضعف التأمل وقلة التلبث ولو تأمل لعرف أن المسئلتين مختلفتان وانه في المبسوط قال الظاهر أنه يحجر عليه ولم يقل الاحوط وفي (الخلاف) صرح بوجوب الحجر فلا يكون الاحتياط مرادا به الاستحباب ثم ان المصنف في التذكرة قال اذا طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال ولا تبذيره فانه لا يحجر عليه اجماعا فكأنه لم يحتفل بخلاف الشيخ وابن زهرة في المقام مع انه قد يظهر من الغنية الاجماع عليه وقد تناقل اجماع التذكرة جماعة ممن تأخر وعولوا على المختلف في النقل ولم يراجعوا الاصول (وليعلم) أن ترك المروة ليس داخلا في هذه العدالة عند الشيخ وموافقيه لأنه قال في التذكرة ومن لا تحفظ من الاشياء المفضية الى قلة المروة كالأكل في السوق وكشف الرأس بين الناس ومد الرجل عندهم وأشباه ذلك لا تقبل شهادته ويدفع اليه ماله اجماعا (حجة) المشهور الاصل بمعنى أن الاصل الجواز و لاصل عدم جواز منع الناس من أموالهم وقد دل عليه العقل والنقل كتابا وسنة واجماعا خرج منه غير البالغ وغير الرشيد بالمعنى المتفق عليه بالاجماع والنص و بقي الباقي وانه علق في الآية زوال الحجر برشد ما للتنكير و يصدق على المصلح لماله انه له رشدا فتأمل وقد نقل عن ابن عباس وغيره في تفسير الآية الشريفة انه اصلاح المال وقد سمعت ما في مجمع البيان عن الباقر عليه السلام حكاه عنه المقدس الاردبيلي في آياته وما في (مجمع البحرين) عن الصادق عليه السلام ولانه ضرر في الجملة وقد عرفت معناه عرفا وان العرف مقدم على اللغة وأن الكافر لا يحجر عليه لكفره فالفاسق أولى و بعض هذه الادلة لا يخفى حالها (ثم) انه استدل في المسالك على المختار بان العدالة انما تعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة فلو كانت شرطا في الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المقتضي (قال) والشيخ لم يجعل التحجير اذا عرض الفسق بعد العدالة لازما (قلت) قد عرفت أنه يلتزمه ويجعله لازما وكذلك صاحب الغنية والمولى الاردبيلي نسج على منوال المسالك وأخذ يعترض على الشيخ بانه لا فرق بين الابتداء والاستدامة عقلا ولا شرعا وبانه لا شك ان عدم الرشد مانع وان وجوده كاف في الزوال وموجب له بالنص والاجماع والعدالة ما اعتبرت الا لكونها داخلة في مفهومه كما يرشد اليه استدلال القائل باعتبارها فلو اعتبرت ابتداء لزم اعتبارها استدامة وهو ظاهر ويؤيده ان الرشد بالمعنى الآخر أعني أصلاح المال شرط مطلقا أبتداء واستدامة ولا يقول الشيخ باشتراط العدالة في البقاء ولانه لو أعتبرت لزم عدم جواز معاملة الفاسق مع أنهم مجمعون على جوازها وقالوا بجواز بيع الخشب لمن يعمل صنما والعنب لمن يعمل خمرا ولا شك انه فاسق بل يلزم أن لا تجوز المعاملة الا مع العلم بالعدالة بالمعاشرة وغيرها من طرق معرفتها اذ لم يكن مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق كافيا في العدالة لان المعتبر الملكة ولا يمكن دعوى ظهورها في المسلم لما نرى من احوال المسلمين ولا يكتفى في الرشد بالاصل والظاهر سواء كان أصلاح مال فقط او مع العدالة بعد دلالة الأدلة على وجوب الاختبار وأن القول باشتراطها موجب لترك المعاملة والمناكحة وتعطيل المعيشة ومخالف لعمل الامة بل الكتاب والسنة بل في الاخبار ما يدل على جواز معاملة الفساق الى آخر ما قال ونحوه ما في المسالك من أنه لو أعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم للعالم حال لان الناس الا النادر منهم اما فاسق أو مجهول الحال

والجهل بالشرط يقتضي الجهل بالمشروط وانت قد عرفت الحال وان الشيخ وابا المكارم يقولان باشتراطها في الاستدامة ولا يرد عليهما شيء مما أورداه أي الشهيد الثاني والمولى الاردبيلي الا معاملة المعلوم فسقه كما ستسمعه ايضا اذ العدالة عند الشيخ حسن الظاهر أو مجرد الاسلام مع عدم ظهور الفسق وهما موجودان في الناس الا النادر فالاصل عند الشيخ والمفيد وأبي علي في المجهول الحال العدالة والاصل في اقواله وأفعاله الصحة واما الفسق فطار على هذا الاصل فغلبته كغلبة المجاز على الحقيقة فلا تعارض بين الاصلين والقائل بحسن الظاهر يقول اصلان تعارضا فلا بد من ظاهر يعضد احدهما وليس هو الاحسن الظاهر وشيخنا صاحب الرياض بعد أن نقل ما حكيناه من كلام المسالك ومجمع الفائدة والبرهان قال وفيه مناقشة لعدم تماميته الا على تقدير اشتراطها على الاطلاق وليست شرطا كذلك اذ قد صرح الاصحاب بان أعتبارها عند القائل به انما هو في الابتداء لا في الاستدامة وعليه حكى الاجماع في التذكرة (و بذلك) صرح القائلان في الكتب المذكورة وأن احتاطا باعتبارها أيضا في الاستدامة فعلى هذا يمكن أن يمنع ماذكر من المؤيدات لاحتمال ابتنائها على وجه الصحة وهو حصول العدالة ابتداء وأن طرأ بعدها وصف الضد ومرجعه الى حمل أفعال المسلمين على الصحة ولا يضر معه الجهل بالشرط في المسئلة كما لا يضر معه الجهل بكثير من الشروط المعتبرة في الاموال المبتاعة في أسواق المسلمين كالجلود المشترط فيها التذكية ومطلق الاموال المشترط في المعاملة عليها وأبتياعها الملكية وعدم كونها سرقة ومنه مفروض المسئلة بالاضافة الى شرط أصل الرشد الذي هو أصلاح المال فلو صح التمسك بالمؤيدات المزبورة لنفي أعتبار العدالة لصح التمسك بها لنفي اعتبار اصل الرشد لتساوي النسبة اليهما بالضرورة فكما لا يضر الجهل بالشروط فيما عدى المسئلة بناء على حمل افعال المسلم على الصحة فكذلك فيها بالبديهة انتهى (وفيه) مناقشة من وجهين (الاول) أنهما اللذان نبها على انها لا تشترط في الاستدامة عند القائل بها لمكان أجماع التذكرة وقالا أنها لو اعتبرت أبتداء لاعتبرت أستدامة وأستدلا عليه بما سمعت وحينئذ تتوجه الايرادات التي أورداها على الشيخ وأيدابها المختار لانهما حاولا أن ليس في غالب الناس عدالة لا أبتداء ولا أستدامة بل الغالب عدم حصولها أبتداء وهو في سن الشباب وقرب عهده بعدم التكليف وأن أعطى كلامهما في بعض مطاوية ما فهم في الرياض سلمنا لكنه ماذاعسى يجدي ما اجاب به في رد الاجماع على جواز معاملة الفاسق الذي لاشك في فسقه كملة الخمور وصانعي الاصنام والظلمة والحكام واتباعهم كما دلت عليه الاخبار كما نبه عليه المولى الاردبيلي فكلامه ان تم فانما يتم بالنسبة الى البعض الثاني ان اول كلامه نص في انه ماروى كلام الشيخ في كتابيه وظاهره هنا حيث قال صرح القائلان في الكتب المذكورة أنه رأى الكتب المذكورة وهذا سهل وأن كان ليس بسهل على انك قد علمت ان الشيخ وأبن زهرة لا يفرقان وعرفت ما يمكن أن يجيب به عما أورد عليهما ولا حاجة الى ما تكلفه شيخنا مع عدم تمامه (وحجة) الشيخ وموافقيه ما قاله في الخلاف قال دليلنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) فاشترط الرشد ومن كان فاسقا في دينه كان موصوفا بالغي ومن وصف بالغي لا يوصف بالرشد لان الغي والرشد صفتان متنافيتان لا يجوز اجتماعهما ولانه أن كان عدلا في دينه مصلحا لماله فلا خلاف في جواز دفع المال اليه وليس على جواز الدفع مع انفراده(١) احدى الصفتين

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب مع انفراد أحدى الصفتين أو انفراده باحدى الصفتين (مصححه)

ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فان عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة ان كان تاجراً والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة ان كان صانعا واشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستنساج في الانثى ان كانت من اهلها واشباهه حكم بالرشد (متن)

دليل وروى ابن عباس أنه قال في قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا هو أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل ويدل أيضاً على ذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) والفاسق سفيه والاخبار التي تفرد تابرواياتها كثيرة في هذا المعنى انتهى ونحوه ما في الغنية مع زيادة دعوى الاجماع ولم يستدل الراوندي وقد يستدل لهم بالاصل والاحتياط وقد يستدل له بخبر أبي الجارود كما يأتي وليست هذه الادلة بتلك المكانة من الضعف كما قد يظن ولذا تردد المحقق في كتابيه وقد توجه الجماعة لردها وبيان حالها ﴿قوله﴾ (ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات فأن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة ان كان تاجرا والمحافظة على ما يتكسب به والملازمة ان كان صانعا واشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستنساج في الانثى ان كانت من اهلها واشباهه حكم بالرشد) لا بد من الاختبار للاصل والكتاب والاجماع والاخبار وقد ذكر الشيخ في المبسوط كيفية الاختبار وتبعه عليها الجماعة قال في (المبسوط) الايتام على قسمين ذكور وأناث فالذكور على ضربين ضرب يتبذلون في الاسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء وضرب يصانون عن الاسواق فالذين يخالطون الناس فأنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب الى السوق ويساوم في السلع ويقاول فيها ولا يعقد العقد فأن رآه يحسن ذلك ولا يغبن فيه علم أنه رشيد والا لم يفك عنه الحجر وقيل أنه يشتري له بغير أمره ويواطئ البايع على بيعها من اليتيم وينفذه الولي اليه ليشتريها منه وقيل أنه يدفع اليه شيء من المال يشتري به سلعة ويصح شراؤه للضرورة فيجيز وأن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل اولاد الرؤساء فان أختبارهم أصعب فيدفع الولي اليهم نفقة شهر يختبرهم بها فينظر فان دفعوا الى اكرتهم وغلمانهم وعمالهم ومعامليهم حقوقهم من غير تبذير واقسطوا في النفقة على انفسهم في مطاعمهم ومكاسبهم سلم اليهم المال وأما الاناث فانه يصعب أختبارهن فيدفع اليهن شيئا من المال ويجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن فان غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يبذرن سلم المال اليهن فان كن بخلاف ذلك لم يسلم اليهن أنتهى وزيد في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها أنه لابد من تكرار ذلك مرارا يحصل بها غلبة الظن ليعلم اتصافه بالملكة كما تقدم نقله فيما مر وكأن كلام المبسوط خال عن ذلك وفي كلامهم جميعا مناقشة من وجوه (الاول) أن ظاهرهم التعيين والظاهر خلاف ذلك بل الضابط حصول العلم أو الظن المتاخم له بأنه ضابط حافظ لماله لا يصرفه الا في الاغراض الصحيحة عند العقلاء بالنسبة الى حاله كائنا من كان في أي شيء كان ولا يتعين عليه في ذلك شيء من تجارة أو نفقة فكأن المدار كما قدمنا على العلم بحصول الملكة من التدبر والتبصر والصبر والتروي حتى يحقق الأمر وينفر عنه لا على حصول الملكة بتكرر هذه الافعال الا ان تقول أن ذلك منهم ليس على سبيل التعيين (الثاني) أن تسليم المال لاولاد الاكابر لينفقوه في مطاعمهم ومكاسبهم ومعامليهم مشكل قبل حصول العلم برشدهم(١) الا أن تقول أن هذا جاز للضرورة

(١) اذ المفروض أن الابتلاء قبل البلوغ كما هو المعروف عندنا كما ستسمع ولا تنفع أجازة الولي في العقد الذي الغاه الشارع وما قاله في التذكرة ان هذا مستثنى يحتاج الى دليل مع انه قال قبل ذلك في ذلك انه يتولاه الولي (منه قدس سره)

كما في بيع الاختبار وهو خلاف المختار بل يتولى البيع في المثال الولي كما هو الموافق للضوابط ثم أن الموضوع فيما نحن فيه منتف اذ لا ضرورة لامكانه بغيره كأن يوضع المال في يده وينظر حاله فيما اذا اراد بيعا أو شراء أو صرفا في نفقته وغيرها فاذا كان يحفظه ولا يفعل ما يريده الا بعد التدبر والبحث دفع اليه كما قدمنا اذ المقصود تحصيل العلم بحفظ المال وعدم تضييعه وصرفه فيما لا يناسبه (الثالث) انه لا باعث على تكليف المرأة بالغزل والاستغزال وا كتساب المال اذا الغرض حصول العلم او الظن القريب منه بعدم تضييعها المال وحفظه وعدم صرفه في غير محله بأي وجه كان فتختبر بما قاله في التذكرة وهو ان يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت فان كانت ضابطة في ذاك حافظة للمال الذي في يدها فهي رشيدة (والحاصل) انه لا يعتبر في رشدها ولا رشد الصبي مزاولة الكسب والاستر باح اذ ليس كل احد له قدرة واستعداد على ا كتساب المال ولا يسمى ذلك اصلاحا للمال كما نبه على ذلك كله المقدس الاردبيلي الا ان ينعقد اجماع على أن المراد باصلاح المال كونه مصلحا له على الوجه اللائق بحاله عند العقلاء بالتنمية ونحوها كما صرح به قوم واشار اليه آخرون وكيف كان فالا كتساب بالعمل لا نسلم دخوله في اصلاح المال وان سلمنا دخول تنمية المال الحاضر في أصلاحه ومحل الاختبار قبل البلوغ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وغاية المراد وكنز العرفان وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والمفاتيح وهو ظاهر عبارة الكتاب لان الضمير في قوله باختباره يعود الى الصغير ونحوها عبارة اللمعة وأظهر منهما عبارة النافع والاجماع محكي عليه في ظاهر التذكرة وغاية المراد وأظهر منهما في ذلك عبارة المسالك ونحوها عبارة المفاتيح قال في (المسالك) هذا مما لا خلاف فيه عندنا وانما خالف فيه بعض العامة (والحاصل) انه لم يحك الخلاف في التذكرة وغاية المراد والمسالك الا عن بعض العامة حيث جعله بعده فالاجماع معلوم نعم قد حمل السيد العميد في (كنز الفوائد) والفخر في (الايضاح) والشهيد وابن المتوج عبارة الكتاب كما يأتي على ان الاختبار بعد البلوغ وحملا البيع الواقع بالاختبار متفرعا على ذلك وستعرف الحال في ذلك ان شاء الله والمولى الاردبيلي أخذ يتأمل ويحتمل كونه بعد البلوغ ولم يجزم بالخلاف وانما احتمل الامرين على تأمل منه لكن في خبر أبي الجارود الذي رواه علي بن ابراهيم في تفسيره عن أبي جعفر عليه السلام دلالة على ان الاختبار انما هو بالبلوغ وعدمه فاذا علم بلوغه بأحد الاسباب دفع اليه المال ان أنس منه الرشد والا فلا قال قال عليه السلام في قوله جل وعز شأنه (وابتلوا اليتامى) من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم فاذا احتلم ووجب عليه الحدود واقامة الفرائض ولا يكون مضيعا ولا شارب خمر ولا زانيا فاذا أنس منه الرشد دفع اليه المال وأشهد عليه فاذا كانوا لا يعلمون انه قد بلغ فليمتحن بريح ابطه أو نبت عانته واذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان رشيدا الحديث وقد تمنع ظهوره في مخالفة الاصحاب فان كان ولا بد قلنا هو شاذ مخالف لما عليه الاصحاب ويكفيك ان راويه سرحوب الشيطان الاعمى بصرا وبصيرة الذي لا شبهة في ذمه وهل هو على سبيل الوجوب أو الجواز صريح جماعة كالشهيد والمقداد والكركي وظاهر آخرين الاول لان تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدي الى الاضرار به بسبب الحجر عليه ومنعه منه مع جواز كونه بالغا رشيدا لان المنع يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده وربما طال ما به يثبت العلم بالملكة فاذا أمكن دفع هذا الضرر تقدم الاختبار كان أولى كما في التذكرة والمسالك

وفي صحة العقد حينئذ اشكال (متن)

فتأمل وفي (غاية المراد وكنز العرفان) لو كان الاختبار بعد البلوغ لأدى الى الحجر على البالغ الرشيد وهو خلاف الاجماع وفي (جامع المقاصد) لو كان بعد البلوغ لم يؤمن معه الحجر على البالغ الرشيد وهو ظلم محرم فيجب التحفظ عنه ولا يكون الا بالاختبار قبل البلوغ فتأمل (وقد احتج) أصحابنا على كونه قبل البلوغ بعد الاجماع بما ذكرنا من لزوم الضرر و بقوله جل شأنه وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم (ووجه) دلالة الآية من وجهين (الاول) انه سبحانه وتعالى جعل متعلق الابتلاء اليتامى والمراد باليتيم لغة وشرعا من لاأب له دون البلوغ فالبالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقة واللفظ يحمل على حقيقته اذا لم يمنع منها مانع وهو منتف هنا (الثاني) قوله جل شأنه (حتى اذا بلغوا النكاح) فقد جعل غاية اختبارهم البلوغ فدل على ان الاختبار قبله (وتنقيحه) ان حتى ابتدائية لان ما بعدها جملة شرطية والجزاء جملة أخرى شرطية وهي فان أنستم فالفاء الاولى جواب الشرط الاول والثانية جواب الثاني وقول المولى الاردبيلي ان ظاهر قوله تعالى فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم يدل على دفع المال بعد ايناس الرشد بلا فصل فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ وهو منفي بالاجماع وقوله ولا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتم وانه من المعلوم ان الابتلاء لم ينته بالبلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد وغرضه بهذين الجواب عن دليلي الاصحاب فاسد قطعا من وجهين (الاول) انه يلزم أن تكون حتى الداخلة على الجملة الفعلية التي فعلها ماضي جاره والجمهور على خلاف ذلك كما نص عليه في المغني في قوله جل شأنه (حتى اذا فشلتم) فنسب الى الجمهور ان حتى ابتدائية وان اذا في موضع نصب بشرطها أو جوابها المحذوف وقدروه امتحنتم مع أن الجواب هنا موجود ونسب جعل اذا في قوله اذا فشلتم في موضع جر بحتى الى الاخفش وابن مالك وقال ان الجمهور على خلافهما فما الباعث على مخالفة جمهور النحويين وجميع الاصحاب وحمل القرآن على الوجه الشاذ على ان الاخفش وابن مالك انما تجريا على المخالفة في تلك الآية لعدم الجواب ولا أظن انهما يحتملان ذلك في هذه الآية لمكان وجود الجواب الذي تناسق مع شرطه وتناسق جوابه معه (الثاني) انه يلزم اخراج لفظ اليتامى عن حقيقته من دون باعث وداع اليه ومن ذهب اليه من العامة وهو بعض الشافعية وأحمد في احدى الروايتين عنه انما كان لامر آخر أشكل عليهما وهو ان الصبي محجور عليه قبل البلوغ فتصرفه غير نافذ فكيف يختبر (وقد أجابهما) أصحابهما وأصحابنا بأنه يختبر بالممارسة والمماكسة والمساومة فاذا آل الامر الى العقد تولاه الولي وقد سمعت الوجه الآخر الذي في المبسوط (وأما) قوله من المعلوم الى آخر (فجوابه) ان الاصحاب يقولون ان الوجوب ينتهي بالبلوغ فكان غاية للوجوب وقد دلت الآية الشريفة على وجوب الدفع بعد ذلك ولا يحتاج الى حاكم ولا الى ولي ولا الى طلب صاحب المال كسائر الحقوق من الدين ونحوه وكأنه بمنزلة الامانة الشرعية وان الظاهر وجوب الفور بل ظاهرها وجوب الاشهاد ولكن حمل الامر فيه على الارشاد (اذا تقرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب فقوله يعلم باختباره يعني اختبار الصغير ذكرا كان أو أنثى بدليل قوله واشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستنساج في الانثى اذ هو المحدث عنه بما يناسبه من التصرفات ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي صحة العقد حينئذ اشكال ﴾ الظاهر انه يريد ان في صحة العقد

الواقع للاختبار قبل البلوغ اشكالا ينشأ من أن الصغر مانع من الصحة وأفعال الصبي وأقواله في غير العبادات غير شرعية كما برهن عليه في موضعه والأمر بالابتلاء لايستلزم أزيد من كون مابه الابتلاء معتبرا في افادة الرشد وعدمه فلا يقتضي ترتب أثر آخر عليه من صحة العقد وعدمه لان ذلك خارج عن مقتضاه وعلى هذا فكيفية اختباره أن يأمره الولي بالمساومة في البيع ويمتحنه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن فاذا آل الأمر الى العقد عقده الولي وهو أعني عدم الصحة خيرة المبسوط والشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة وهو الذي تقتضيه القوانين لان غير البالغ اذ لم يصلح للبيع ونحوه لا يصلح مطلقا حال الاختبار وغيره والاختبار غير موقوف على حصول التصرف منه صحيحا حتى يقال به هنا للضرورة على ان الآية الشريفة لاتدل على صحة المعاملة حال الاختبار وانما تدل على الابتلاء قبل البلوغ ودفع المال بعد الرشد كما أشرنا اليه آنفا فاحتمال الصحة لظاهر الآية اذ الأمر بالابتلاء يقتضي كون الأمر الصادر من الصبي معتبرا خصوصا على القول بأن أفعال الصبي شرعية كما في التحرير وموضع من التذكرة فيه مالا يخفى وهذا هو الوجه الثاني من الاشكال والقول بشرعية أفعاله انما هو في العبادات لمكان الاجماع أو أمر الاولياء بأن يأمروهم وغير ذلك وذلك مفقود في المقام اذ ليس قولك ابتله واختبره الا كقولك سله وادعه ولا ريب ان المسئول والمدعو ليس مدعوا للاول كما قيل ذلك في قوله عليه السلام مروهم اذ الكلام في المميز الذي يعلم ان ذلك من الله سبحانه فتامل جيدا (وليعلم) ان فخر الاسلام وعميد الدين والشهيد وابن المتوج حملوا عبارة الكتاب على ما اذا كان العقد الواقع للاختبار بعد بلوغه فقال ولد المصنف اذا ظهر رشده حال العقود صحت العقود قطعاً فاستثنى هذه الصورة وجعل ما اذا ظهر سفهه أولم يتبين شيء بعد محل الاشكال ومنشاؤه من أن السفيه يصح تصرفه باذن ألولي وهذه العقود مأذون فيها شرعا ومن حيث بطلان تصرفات السفيه وهذا سفيه ومعناه أن الولي أذن له في البيع أو الشراء مطلقا ولم يعين له تشخص المبيع والمشترى والثمن أذ لو عين له ذلك كله فات الاختبار ولا ريب ان الاذن المطلقة بعد الحكم بسفهه لا للاختبار لغو واما مع الاختبار فاحتمال الصحة قائم لمكان اذن الشارع به وهذا ما اراده بالوجه الاول وليس مراده قطعا انه اذن له واجازه كما فهمه المحقق الثاني والا لما صح له ذكر الوجه الثاني من منشأ الاشكال ومعنى قوله هذا سفيه في الوجه الثاني ظاهر فيما اذا ظهر سفهه لانه سفيه واقعاً وأما اذا لم يتبين فهو سفيه حكما لمكان مفهوم الشرط في قوله جل شأنه فأن آنستم منهم رشدا فادفعوا كما هو ظاهر فما اورده عليه من ان عقد السفيه صحيح اذا اجازه الولي وكان بالغا أجماعا فأي وجه للاشكال اذا اذن له الولي ابتداء غير وارد لما عرفت من انه في الايضاح لم يتعرض للاجازه وانما تعرض للاذن المطلقة حال الاختبار والصحة حينئذ محل اشكال لا محل اجماع قطعا على ان الاجازة حينئذ انما تكون من الحاكم عند الاكثر على ما حكي عنهم فيمن بلغ سفيها من ان الولاية عليه للحاكم فيكون الآذن الاب أو الجد أو الوصي والمجيز الحاكم فكلامه عليه في جامع المقاصد لا وجه له من وجهين وكذا قوله أن العلم بكون العاقد رشيدا ليس شرطا لصحة العقد قطعا انما الشرط كونه رشيدا في الواقع لاوجه له لانه في الايضاح كما سمعت جعل الاشكال فيمن ظهر سفهه ومن لم يتبين سفهه وهو غير وارد على الاول قطعا ولا على الثاني لانه محكوم بسفهه بمفهوم الآية في دفع المال ولا قائل بالفرق بين دفع المال وصحة العقد سلمنا ان العقد حينئذ صحيح في الواقع على فرض انه رشيد في الواقع لكن من أين لنا العلم

ولا يزول الحجر بفقد احد الوصفين وان طعن في السن ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم وفي النساء بها وبشهادتهن (متن)

بالواقع فالاصول تقضي بعدم صحته ولا اقل من تعارضها وان كان انما وجهه على السيد العميد فقط لانه عمم الاشكال للمسائل الثلاث فمع انه خلاف الظاهر فمن المعلوم انه لا يريده ونمنع ظهوره من كلامه وعلى تقديره فالظاهر يعدل عنه لليقين من جهة القواعد المعلومة و بذلك كله ظهر فساد قوله اخيرا ولو اعتبرنا ماذكره الشارحان في حل العبارة فالبيع الواقع بعد البلوغ صحيح على كل حال كما عرفت الحال مفصلا فقوله هذا عجيب غريب انه منه لعجيب غريب (وقال) ابن المتوج فيما حكى عنه الشهيد ان هذا الاشكال مبني على أن مجرد ظهور السفه مبطل لتصرفاته من دون توقف على حكم الحاكم أما على القول باشتراط حجر الحاكم فلا يتأتى هذا الاشكال فيكون هذا التصرف صحيحا لازما انتهى فليتأمل فيه لكنه فهم انه فيما بعد البلوغ (وقال الشهيد) الاقوال ثلاثة الصحة مطلقا لأمر الشارع بذلك والبطلان مطلقا لاعتبار الرشد والثالث ان ظهر الرشد ظهرت الصحة وان ظهر السفه ظهر البطلان وقد فهم أيضاً أنه بعد البلوغ والذي دعى هؤلاء الاجلاء الى حمل العبارة على ذلك مع ظهورها فيما قبل البلوغ مع ايناس الرشد أما ان الاولين سيما ذلك من المصنف واقتفاهما الآخران وقد ظهر وجهه مما حررناه وأما ان حملها على ماقبل البلوغ بعيد لانه لاريب في بطلانه لان البلوغ شرط اجماعا عندهم (وفيه) ان المصنف سيتردد في بيع المميز فبالاولى أن يتردد هنا لمكان الأمر بالابتلاء والشيخ نقل القول بالصحة لمكان الضرورة والمحقق حكم بالعدم بعد تأمل وفي (التحرير) حكم بالصحة فالتأمل والاشكال له وجه في الجملة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يزول الحجر بفقد أحد الوصفين وان طعن في السن ﴾ هذا قول أكثر علماء الامصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر والمخالف أبو حنيفة كما في التذكرة وهو محل وفاق منا كما في المسالك والروضة وظاهر نهج الحق حيث نسبه الى الامامية (وقال) أبو حنيفة اذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر وان كان سفيها لانه قد بلغ أشده وصلح أن يصير جدا قال في (التذكرة) بعد كلام طويل كونه جدا ليس تحته معنى ولا أصل له في الشرع وهو ثابت فيمن له دون هذا السن فان المرأة تكون جده لاحدى وعشرين والمراد بفقد أحد الوصفين فقد الصغر وفقد عدم الرشد اذ لابد من فقدهما وقيل لابد في حمل الوصفين على الصغر وعدم الرشد من العناية لان عدم الرشد لم يجر له ذكر والأمر سهل لمكان الملازمة من أول الامر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويثبت الرشد في الرجال بشهادتهم وفي النساء بها وبشهادتهن ﴾ كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وكذا الكفاية وهو ظاهر بقية الشروح والحواشي حيث لم يكن فيها مناقشة ولا تأمل وفي (مجمع البرهان) لعل دليل الجميع الاجماع وفي (التذكرة) لو اقتصر على ثبوت رشد النساء على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق وهو منفي بالاجماع وقال في (الكفاية) في خصوص هذا الفرع قالوا وفي (الرياض) اما ثبوت رشده بشهادة رجلين في الرجال فلا اشكال فيه وأما ثبوته بشهادة الرجال منفردين أو النساء كذلك أو ملفقات منهن ومنهم كرجل وامرأتين في النساء فلا خلاف فيه في الظاهر بل عليه الاجماع في كثير من العبارات وهو الحجة (قلت) ونحن تتبعنا عبارات الاصحاب في المقام فما وجدنا الا ماذكرنا ولم نجد هذه العبارات الكثيرة التي قد اشتملت على هذا الاجماع المتضمن ثلاثة أحكام وقد تتبعنا

وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير (متن)

كلامهم في باب الشهادات فلم نجدهم ذكروا الرشد فضلا عن نقل الاجماع عليه في النساء نعم قالوا تقبل شهادة النساء منفردات فيما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا ومثلوه بالولادة والاستهلال وعيوب النساء الباطنة والرضاع والوصية له وكيف كان فلا ريب في قبول شهادة الرجال في الرجال للاجماع المعلوم والاستقراء والعموم أعني عموم الادلة بقبول شهادتهما وانما الكلام في أنه هل يشترط قيامها عند الحاكم وحكمه بها أم لا وهل تقبل في الانبات والاحتلام أم لا فالمقدس الاردبيلي على انه يمكن الثبوت مع تعذر الحاكم دفعا للحرج وان الاحتياط يقتضي الاختبار مع الامكان ومع عدم لزوم تأخير تسليم المال الى صاحبه بزمان كثير يضر به خصوصا اذا طلبه ولثبوت عمل الامة في المعاملات مع عدم ثبوته عندهم بحكم الحاكم مع تحقق كونه غير رشيد بيقين وما ذاك الا للحكم بظاهر الحال وشهادة العدلين ليست بأقل من ذلك ولصدق الرشد الذي هو شرط في الآية والاخبار الدالة على التسليم مع ثبوت كونه رشيدا عند التصرف من غير قيد حكم الحاكم ولهذا قالوا ان فك حجر الصبي ليس بموقوف بعد البلوغ والرشد الى حكم الحاكم فتأمل فالظاهر أن الضابط حصول العلم بل الظن المتاخم له اما بالاختبار على أي وجه كان أو حكم الحاكم أو شهادة العدلين سواء كانا على الرجل أو المرأة أو أربع نسوة أو امرأتين وعدل لصدق الآية والاخبار (قلت) بعد تسميتهم لها شهادة وتسليم اشتراطهم في الشهادة انضمام حكم الحاكم اليها في جميع الامور الا ما استثني وليس الرشد منه يجب الحكم بعدم الثبوت وعدم ترتب الاحكام الا بحكمه اذ الشهادة عندهم أخبار جازم بحق أو غيره عند الحاكم ولو كان الامر كما قال لا كتفي فيه بخبر الواحد اذا أفاد ظنا متاخما للعلم وفرق تام بين ظاهر الحال وشاهد الحال وشهادة العدلين اذ الاخير متوقف على الجرح والتعديل ومعرفة الكبائر والصغائر والملكة وغيرها وتلك وظيفة الحاكم الا ما استثني وشاهد الحال جار مجرى القطع وعمل الامة اما على شاهد الحال لمن عرف ما لحال تحته معنيان أو على القاعدة المجمع عليها وهو أصل صحة فعل المسلم وأما قبولها في غير الرشد من السن والانبات والاحتلام والظاهر قبولها في الجميع وان كان الفرض في الاخيرين مع عدالة الشهود نادرا جدا لندرة العلم بهما جدا خصوصا في النساء خصوصا في امنائهن على وجه يبقى للشاهد عدالة وأما قبول شهادة الرجال منفردين في النساء فدليله ما تقدم وأما قبول شهادة النساء الاربع منفردات أو الخناثى كذلك أو ملفقات منهن ومن الرجال كرجل وامرأتين في النساء فدليله العسر والحرج لان رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو اقتصرنا في ثبوت رشدهن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق وهو منفي اجماعا كما في التذكرة فتأمل ولعل الاولى الاستدلال عليه بالنصوص الدالة على الاكتفاء بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا مع دعوى أن هذا منه و بفحواها يستدل على التلفيق بل وعلى الخناثى فليتأمل ولم ينص على الخناثى سوى المصنف في التذكرة والشهيد الثاني في الروضة والمسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وصرف المال الى وجوه الخيرات ليس بتبذير ﴾ ظاهر اطلاقه انه لا فرق بين الافراط في ذلك وعدمه ولا بين كون ذلك لائقا بحاله أولا وهو ظاهر مجمع البرهان وقد يلوح ذلك مما حكي عن مجمع البيان وفي (المسالك) انه المشهور وقد استدل عليه بأنه لا سرف في الخير كما لا خير في السرف وهو ليس بحديث وانما حكي أن رجلا تصدق كثيرا فقال له رجل لا خير في السرف فأجابه

لا سرف في الخير و بأن أمير المؤمنين تصدق بالاقراص كما هو مشهور فنزلت فيه سورة هل أتى (وأجيب) بأن ذلك من خواصهم ولائق بحالهم لعظمة كمالهم لكن قال في (مجمع البيان) ان ذلك ليس مخصوصا بهم صلوات الله عليهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك (و بقوله) صلى الله عليه وسلم لعلي عليه السلام وأما الصدقة فجهدك و بالاخبار الدالة على الترغيب والترهيب على تركه وهي لا تدل على ذلك وقال في (المسالك) ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة و بعض الأئمة صلوات الله عليهم كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير لكنه قال الا أن يمنع ان ذلك لا يليق بحالهم (قلت) على أن المروي عن الحسن عليه السلام انما هو أنه قاسم ربه ماله حتى النعل لا انه أخرج منه كلا (والحاصل) أن جميع ما يمكن أن يستدل به في هذا المقام قابل للحمل على عدم التصدق بجميع المال الا ما ورد عن آية الله الكبرى فانه لا يقدر عليه الا هو عليه السلام ومن كان في عيلته لمكان بركته على أن في رواية القمي أنه عليه السلام أعطى ثلث العصيدة للمسكين ثم جاء اليتيم فأعطاه الثلث ثم جاء الاسير فأعطاه الثلث الباقي وقال في (التذكرة) لو بلغ وصرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات وفك الرقاب و بناء المساجد وأشباه ذلك مما لا يليق بحاله كالتاجر وشبهه فهو تبذير وهو معنى قوله في التحرير صرف أكثر المال في صنوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ومعنى قوله في الارشاد وصرف المال في صنوف الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير اذ معناه ان صرف المال في الخير ليس بتبذير بشرط بلوغ المال ذلك بمعنى كون ذلك فاضلا عما يحتاج اليه وكونه لائقا بحاله ولا تصغ الى ما ذكر في معناه غير هذا وهو خيرة المقداد وصاحب الكفاية ولم يرجح المحقق الثاني والشهيد الثاني وكان الثاني مال اليه وقد استدل عليه في (التذكرة) بقوله تعالى (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط) وهو مطلق فيتناول محل النزاع ولكنه لا يدل على مطلوبه لان الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف والنهي هنا لا يقتضيه فليتأمل جيدا اذ قد يقال ان النهي للتحريم والمستفاد من كلام هؤلاء ان المدار على ما هو اللائق بحاله وغيره والاولى الاستدلال عليه بالآيات والاخبار وقد تضمن بعضها الدلالة على المطلوب مع استلزامه رد الخصم و بعضها على رد الخصم مع استلزامه المطلوب قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك ماذا ينفقون قل العفو) فعن الصادق عليه السلام أن العفو هو الوسط من غير اسراف ولا اقتار وعن الباقر عليه السلام مافضل عن قوت السنة وعن ابن عباس مافضل عن الاهل والعيال أو الفضل عن الغنى و روي أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أتاه ببيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجيء أحدكم بماله كله يتصدق به و يجلس يتكفف الناس انما الصدقة عن ظهر غنى والظهر قد يرد في مثل هذا اشباعا للكلام وتمكينا كأن صدقته مستندة الى ظهر قوي من المال فكأنه قال اذا أعطيتها كانت عن استغناء منك وكانت عفوا فضلا (فضل خ ل) عن غنى ومثله خير الصدقة ما أبقت غنى وقد يكون المراد بظهر الغنى كظهر الغيب وظهر القلب وحق اليقين (وقد روى) في الكافي وتفسير العياشي على ما حكي عن أبي عبد الله عليه السلام لو أن رجلا أنفق مافي يده في سبيل الله ما كان أحسن ولا وفق للخير أليس الله تبارك وتعالى يقول (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة وأحسنوا ان الله يحب المحسنين) وفي صحيحه عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في تفسير قوله تعالى (والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما) فبسط كفه وفرق أصابعه وحناها (وحناها شيء خ ل) شيأ فشيأ وعن قوله ولا تبسطها كل البسط فبسط راحته وقال هكذا وقال القوام مايخرج من بين الاصابع ويبقى في الراحة منه شيء

وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير (متن)

(وعن الصادق عليه السلام) انه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حصى وقبضها بيده فقال هذا الاقتار الذي ذكره الله في كتابه ثم قبض قبضة أخرى فأرخى كفه كلها ثم قال هذا الاسراف ثم قبض أخرى فأرخى بعضها وأمسك بعضها وقال وهذا القوام (وفي صحيحة) الوليد بن صبيح قال كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاء سائل وأعطاه ثم جاء آخر فأعطاه ثم جاء آخر فقال يوسع الله عليك ثم قال ان رجلا لو كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهم ثم شاء أن لا يبقى منها الا وضعها في حق فيبقى لا مال له فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاؤهم (قلت) من هم قال أحدهم رجل كان له مال فأنفقه في وجه ثم قال يارب ارزقني فيقال له ألم أرزقك وروى ابن أبي نصر في الصحيح عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن قول الله عز وجل (وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا) قال كان أبي يقول من الاسراف في الحصاد والجذاذ أن يتصدق بكفيه جميعا وكان أبي اذا حضر شيأ من هذا فرأى أحدا من غلمانه يتصدق بكفيه صاح به أعط بيد واحدة القبضة بعد القبضة والضغث بعد الضغث من السنبل وفي الحسن عن ابن أبي عمير عن هشام بن المثنى قال سئل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين قال كان فلان ابن فلان الانصاري سماه وكان له حرث وكان اذا أخذه (أجتدهخ ل) يتصدق به و يبقى هو وعياله بغير شيء فجعل الله ذلك سرفا وروى في (الكافي) عن الصادق عليه السلام في باب دخول الصوفية على أبي عبدالله عليه السلام وانكاره عليهم فيما يأمرون الناس به من خروج الانسان من ماله بالصدقه على الفقراء والمساكين هذا (وفي حسنة) شهاب بن عبد ربه قال قال أبو عبد الله عليه السلام ليس في الطعام سرف وفي بعض الاخبار ان السرف أن تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك وفي بعضها ان السرف أمر يبغضه الله عز وجل حتى طرحك النواة فانها تصلح لشيء وحتى فصل شرابك (وفي رواية) اسحق ليس فيما أصلح البدن اسراف وفيها انما الاسراف فيما أفسد المال وأضر بالبدن قيل وما الاقتار قال أكل الخبز والملح وأنت تقدر على غيره قيل فما القصد قال الخبز واللحم واللبن والخل والسمن مرة هذا ومرة هذا ونحوه رواية أخرى لاسحق ابن عبد العزيز عن رجل ونحوه في رواية ابن تغلب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وصرفه الى الاغذية النفيسة التي لا تليق بحاله تبذير ﴾ هذا مما لا خلاف فيه عندنا كما في مجمع البرهان لصدق الاسراف والتبذير المنهي عنه (وقال) أكثر الشافعية لا يكون تبذيرا لان الغاية في تملك المال الانتفاع به والالتذاذ وكذا قالوا ان شراء الثياب الفاخرة وان لم تكن لائقة (١) وبالجملة حصر أكثرهم التبذير في التضييعات كالرمي في البحر واحتمال الغبن الفاحش وشبهه وفي الانفاق في المحرمات والمراد بالحال قلة المال وكثرته فلو كان معه مال كثير وغير عادته في المأكول والملبوس والمركوب لم يحجر عليه ومن التبذير الحرام عند علماء الاسلام صرف المال وان كان قليلا في الرياء نصوا على ذلك في تفسير الآية الشريفة وفي (مجمع البرهان) انه مما لا شك فيه وقد حكى في التذكرة الاجماع وظاهره

(١) كذا في النسخ والعبارة ناقصة ولعل صوابها كذا قالوا في شراء الى آخره أو صوابها وان لم تكن لائقة ليس بتبذير انتهى (مصححه)

وولي الطفل ابوه وجده لابيه وان علا ويشتركان في الولاية فان فقدا فالوصي فان فقد فالحاكم ولا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا (متن)

اجماع الامة على ان صرف المال في المحرمات سفه وتبذير وقد سمى الله سبحانه وتعالى المرائين كافرين قال سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتبطلوا صدقاتكم بالمن والاذى كالذي ينفق ماله رئآء الناس ولا يؤمن بالله واليوم الآخر فمثله كمثل صفوان عليه تراب فأصابه وابل فتركه صلدا لايقدرون على شيء مما كسبوا والله لايهدي القوم الكافرين) قالوا ولذا ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الشرك في أمتي أخفى من النملة السوداء في الليلة الظلماء وقال صلى الله عليه وسلم ان أخوف ماأخاف عليكم من الشرك الاصغر قيل وما الشرك الاصغر قال الرياء يقول الله تعالى لهم يوم يجازي العباد اذهبوا الى الذين كنتم تراؤونهم في الدنيا هل تجدون عندهم جزاء وعنه صلى الله عليه وسلم انه يقال للمرآئي في الانفاق مافعلت فيما آتيك فيقول كنت أصل الرحم وأتصدق فيقول الله له كذبت وتقول الملائكة كذبت ويقول الله بل أردت أن يقال فلان جواد فقد قيل لك فقد عمت البلوى والبلية لانه يلزم عدم جواز معاملة هؤلاء وعدم جواز الأكل من هذا المال لان باذله سفيه ولا أظن ان أحدا يخلوا من ذلك من أصحاب الاموال فضلا عن الحكام والظلمة وانت ان لم تعاملهم لابد وأن تعامل من يعاملهم ولعلهم في مثل ذلك يبنون على أصل صحة فعل المسلم وانه لايفعل حراما وانما قصد قصدا سائغا أو يخصصون ذلك بما اذا لم يكن له غرض صحيح في نظر أهل الدنيا فليتأمل أو يقولون ان الرياء محله العبادات كما يشعر به مقابلته بالاخلاص وغير ذلك فلا يضر في غيرها (وفيه) انه لم يثبت فيه حقيقة شرعية والذي نص عليه أهل اللغة انه مأخوذ من أرأ فاصله أرآء وهو مافعله ليرى كما ان السمعة مافعل ليسمع كما في القاموس وغيره وهو ظاهر الكتاب المجيد حيث قال جل شأنه كمثل الذي ينفق ماله رئاء الناس ولم يقل كمثل الذي يتصدق مع ان صدور الآية في التصدق (وفي الخبر) من بنى بناء رياء وسمعة طوقه الله الحديث وهو ظاهر اطلاقات القوم وأخبارهم وصريح مجمع البرهان وعد في المفاتيح من المعاصي المنصوص عليها البناء رياءً وسمعة (وفي النبوي) المروي في كتبنا المتفق به الولمة أول يوم حق والثاني معروف وما زاد رياء وسمعة ونحوه في ذلك كله النهي عن النكاح للرياء والسمعة وفي (قواعد السهيد) انه يجرى في الجهاد والغزو وليس عبادة اجماعا وكذا الاذان ولا ينافي ذلك قوله في قواعده أيضا في بيان الاخلاص في العبادة ويتحقق الرياء بقصد مدح المرائي أو الانتفاع به أو دفع ضرره والكلام في المقام طويل الاذناب وفيما ذكرناه بلاغ وقد عقد له بابا في الكافي سرد فيه أخبارا مطلقة والتخصيص يحتاج الى دليل فليكن الرياء مطلقا كالعجب والظلم والكبر ونحو ذلك والكلام فيما يقع على نحوين او انحاء احدها الرياء ولا يشترط في النحو الآخر أو الانحاء الأخر ان يكون عبادة بل يكفي في اباحته وعدم حرمته ان لايكون رياء وان خلا عن نية اخرى فليلحظ ذلك وليدبر فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وولي الطفل ابوه وجده لابيه وأن علا ويشتركان في الولاية فان فقدا فالوصي فان فقد فالحاكم ولا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم عدا من ذكرنا ﴾ تنقيح البحث في المقام ان يقال هنا طفل ومجنون وسفيه ومفلس وقد نص في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وغيرها ان الولايه في مال الطفل والمجنون

لابيه وجده لابيه وان علا وقد حكي عليه الاجماع في التذكرة ونفي الخلاف عنه في المسالك والكفاية وفي (مجمع البرهان) كأن عليه اجماع الامة مضافا الى النصوص المستفيضة بل المتواترة كما قيل الواردة في التزويج الصريحة في ثبوت ولايتهما عليهما فيه المستدل بها بالفحوى والاولوية في المسئلة مضافا الى خصوص النصوص المستفيضة الواردة في بحث أموال اليتامى والوصية وغيرهما من المباحث الكثيرة كما في الرياض وقد أطلق المجنون فيما عدا جامع المقاصد ومجمع البرهان من غير فرق بين من اتصل جنونه بصغره أو تجدد له ذلك بعد بلوغه ورشده التفاتا الى ثبوته في بحث التزويج على المشهور كما في ايضاح النافع مع ظهور الاجماع من التذكرة ثمة المستلزم لثبوت الحكم هنا بالاولوية لكن هذا الاجماع من التذكرة مستفاد من اطلاق ضعيف ليس بتلك المكانة من التعويل عليه على انه قد نص فيها بعد ذلك بست قوائم في السبب الرابع على ان الولاية حينئذ للحاكم والسلطان وظاهره الاجماع لكنه أيضا ليس بتلك المثابة من الظهور لانه قال ليس عندنا للسلطان ولاية في التزويج على الكبار ولا على الصغار بل على المجانين والسفهاء وستسمع تمام الكلام في السفيه ثم ان الشهرة محكية على ذلك أي على أن الولاية للحاكم في التزويج على من بلغ ورشد ثم تجدد جنونه وقد يشهد على صحة الشهرة الاولى اطلاق الجميع هنا الا ما قل واطلاق الاكثر في باب النكاح فتأمل وقال في(جامع المقاصد) ان المجنون ان بلغ فاسد العقل فالولاية للأب والجد اما اذا كمل بالغا ثم تجدد جنونه فالذي يقتضيه صحيح النظر ان الولاية عليه للحاكم ومثله ما في مجمع البرهان وما في نكاح المسالك وظاهر مجمع البرهان في مقام آخر انه لاخلاف ولانزاع في ان أمره الى الحاكم وقال أيضا في مقام آخر لادليل على ثبوتها لهما فتكون للحاكم كسائر الولايات ولا يساويه أحد في العلم والديانة ولان العلماء ورثة الانبياء وانهم بمنزلة أنبياء بني اسرائيل ولا شك في ثبوت ذلك للانبياء فيكون للعلماء ايضا ولان الفقيه نائب الاصل بمقتضى بعض الاخبار المؤيدة بالشهرة ونقل الاجماع(وقد يوجه) الاول بأن ولايتهما ذاتية منوطة باشفاقهما وتضررهما بما يتضرر به الولد فكانت اولى من ولاية الحاكم وهما من جهة الاصول ايضا متساويان اذ كما يقال قد زالت ولايتهما والاصل بقاء انقطاعها معارض بمثله في ولاية الحاكم واذا كان كذلك فلا بد لهذا من ولي وهو دائر بين ابيه والحاكم ولا ريب ان الحاكم اولى لما ذكرنا اولا ولاسيما اذا كان ابوه غير عدل ولان ولايته عامة وولاية الأب حينئذ تحتاج الى الدليل مضافا الى ماستسمع في السفيه بل لولا الاجماع المنقول على ثبوت ولايتهما في التزويج والبيع وسائر التصرفات على البالغ المتصل جنونه بالصغر لأمكن القول بثبوت ولاية الحاكم عليه أيضا وهذا الاجماع ونفي الخلاف حكي في جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها والاحوط موافقة الحاكم للاب وموافقته للحاكم واما اشتراك الاب والجد في الولاية فظاهر نكاح المسالك الاجماع عليه وقد نص على الحكم في المقام المحقق والمصنف في غير الكتاب ايضا والشهيدان وغيرهم بمعنى نفوذ تصرف احدهما مع فقد تصرف الآخر او الموافقة وعدم المعارضة وسبق تصرف المتصرف منهما من غير علم الاخر أو مع علمه حتى لو كان السابق الأب وقد علم ان الجد مخالف له وقصد سبقه بالعقد أو التصرف فقد ترك الاولى وصح عقده وتصرفه وفي(التذكرة) اذا كانا موجودين اشتركا في الولاية رجحان حكم الجد أولى ولعله يريد اذا اقترنا لانه قد قيل حينئذ بتقديم الأب وقيل بتقديم الجد وقيل بالبطلان وأوسطها الوسط للنصوص المستفيضة الدالة على ذلك في التزويج بل والاجماعات المحكية وفي (تعليق الارشاد) هل تكون ولاية الجد أولى (أقوى خل) حتى لو باعا

معا يقدم بيع الجد لا اعلم تصريحا بذلك لكن كلامهم في باب الانكحة يقتضيه ولعله يريد انه يقتضيه بالفحوى والاولوية والمخالف في ذلك المصنف في وصايا التذكرة قال على ما حكي ان ولاية الاب مقدمة على ولاية الجد والشهيد الثاني في وصايا المسالك وفي تعدي الحكم الى اب الجد وجد الجد وان علا مع الاب أومع من هو أدنى منه حتى يكون اب الجد أولى من الجد وجد الجد أولى من الجد وجهان من زيادة البعد ووجود العلة وقد يقال بتقديم الجد وأن علا على الاب فان الجد وان علا يشمله أسم الجد لانه مقول على الأعلى والادنى بالتواطي ويبقى الكلام في اقامة الجد مع ابيه مقام الاب مع الجد فلعل الاقوى عدم أقامته لفقد النص الموجب له مع اشتراكهما في الولاية فان الجد لا يصدق عليه أسم الاب الا مجازا فلايتنا وله ومن جعله ابا حقيقة كما ذهب اليه جمع من اصحابنا يلزمه تعدي الحكم وليس بذلك البعيد كما اخترناه في حواشينا على الروضة فعلى الاول يبطل العقد والتصرف لاستحالة الترجيح بغير مرجح أو اجتماع الضدين وعلى الثاني يقدم عقد الاولى (الأعلى خل) وفي (جامع المقاصد) هل يكون للجد الأعلى مع الجد الادنى ولاية فيه نظر هذا وفي (مجمع البرهان والكفاية) ان اكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الاب والجد والاصل يقتضي عدم الاشتراط (قلت) قد تردد المصنف في ذلك في وصايا الكتاب وفي (الوسيلة) اشتراطها فيه وفي (الايضاح) ان الاصح انه لا ولاية للاب أو الجد ما دام فاسقا لانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل اقراراته واخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه (قلت) قد حكي في نكاح التذكرة الاجماع على ولاية الفاسق في النكاح وقد يشهد هذا على خلاف ما في الايضاح فتأمل وفي (جامع المقاصد) ان الذي يقتضيه النظر ان ولايته ثابتة بمقتضى النص والاجماع واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه والمحذور يندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلال حال الطفل اذا كان للاب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرف في ماله واثبات اليد عليه وأن ظهر خلافه فولايته ثابتة وأن لم يعلم حاله استعمله بالاجتهاد وتتبع سلوكه وشواهد احواله واما انهما ان فقدا فالولاية للوصي لاحدهما فان فقد الوصي فالحاكم فلا خلاف في ذلك ولاية وترتيبا ولا في كون المراد بالحاكم حيث يطلق من يعم الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى ويستفاد من بعض الاخبار ثبوت الولاية للحاكم مع فقد الوصي وللمؤمنين مع فقده وفي (الحدائق) نسبته الى الاصحاب وفي (مجمع البرهان) الظاهر ثبوت ذلك لمن يوثق بدينه وامانته بعد تعذر ذلك كله ويدل عليه قوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وحكاية فعل الخضر عليه السلام والخبر الصحيح يدل على جواز بيع مال الطفل عند عدم الوصي من غير قيد تعذر الحاكم ولا شك انه أولى مع امكانه والا فالظاهر أن له ذلك كما في مال ولده ولا يبعد ذلك في المجنون والسفيه ايضاً على تقدير ثبوت حجره لعدم الفرق والضرورة ولحكاية الخضر عليه السلام وفهم ان العلة في مال اليتيم هي الحسنى ولقوله تعالى وما على المحسنين من سبيل واراد بالخبر الصحيح ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال ان رجلا من اصحابنا مات ولم يوصي فرفع أمره الى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله وكان رجلا خلف ورثة صغارا ومتاعا فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن ولم يكن الميت صير اليه وكان قيامه بأمر القاضي لانه فروج فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك يموت الرجل من اصحابنا فلا يوصي الى أحد وخلف جواري فيقيم القاضي رجلا منا لبيعهن أو قال

يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى في ذلك فقال اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد ابن سالم فلا بأس وفي رواية سماعة قال سئلته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية وله خدم ومماليك وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث فقال ان قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك فلا بأس ومثله صحيحة ابن رئاب ولم نجد خلافا الا من ابن ادريس فانه قال لا يجوز لمن ليس بفقيه تولي ذلك بحال وقد يظهر ذلك من المفيد والتقي حيث لم يذكرا الا السلطان والفقيه واما انه لا ولاية للام ولا لغيرها من الاخوة والاعمام وغيرهم فهو مما لا خلاف فيه وفي (التذكره) الاجماع على انه لا ولاية للام وفي (مجمع البرهان) انه اجماع الامة والظاهر كما صرح به المصنف في التذكرة وجماعة ان وصي الاب لا ولاية له مع الجد لان ولايته شرعية وولاية الوصي جعلية (واما السفيه) فقد قال المصنف فيما يأتي الولاية في ماله للحاكم خاصة واطلق من غير فرق بين من تجدد السفه عليه بعد بلوغه رشيدا أو بلغ سفيها ونحوه في ذلك المبسوط والشرائع والارشاد والتبصرة والتحرير وغيرها وبذلك الاطلاق صرح في حجر التذكرة في أول كلامه وهذا الاطلاق ذكروه في باب النكاح ايضا قال في (الشرائع) وتثبت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله يعني بالسفه ولم يقيد الاول بفقد الاب والجد وفي (المسالك) ان اطلاق الشرائع في الحجر يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ومن بلغ سفيها وانه أشهر القولين قال ووجهه على ما اختاره يعني المحقق من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ودفعه ظاهر لكونه (١) النظر حينئذ اليه انتهى ويأتي بيان الحال فيه وفي (المفاتيح) أيضا أنه اشهر حكى ذلك في الباب الخامس في التصرف بالنيابة وفي (اللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان) انه أن بلغ سفيها فالولاية فيه للاب والجد ثم لوصي احدهما وان بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فالولاية عليه للحاكم وقد نفى عنه البأس في التذكرة في آخر كلامه وحكاه الشهيد عن ابن المتوج وقد صرح بذلك الشهيدان أيضا في باب النكاح ولم يذكر السفيه في النافع في المقام ولعله لان حاله عنده كالمجنون بالنسبة الى المال فاكتفى عنه ببيان ولي المجنون (قلت) اما كون الولاية عليه للحاكم اذا بلغ رشيدا ثم تجدد سفهه فما تسالم عليه المطلقون والمفصلون وقد حكى في الكفاية في مقام آخر والمفاتيح ونكاح الرياض قول بان ولاية الاب والجد تعود بعد زوالها وهذا القول لم يحكه غير هولاء بل في حجر الرياض ان ظاهر المسالك والروضة وغيرهما عدم الخلاف في ان الولاية للحاكم دونهما وهو كذلك ومن الغريب انه بعد ذلك قال لا يخلو هذا القول من قوة التفاتا الى ثبوتها في بحث التزويج على الاقوى مضافا الى ظهور الاجماع من التذكرة وقد عرفت ان اجماع التذكرة مستفاد من املاق ضعيف معارض بمثله فيما مضافا الى انه في المجنون لا في السفيه وثبوتها لهما فيه في التزويج في محل المنع اوالتأمل ان صريح التذكرة الاجماع على ثبوت ولاية الحاكم على الاطلاق قال ليس له ولاية على الصغيرين ولا على من بلغ رشيدا وانما تثبت ولايته على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله اذا كان النكاح صلاحا له لا صالة انتفاء الولاية واما ثبوت ولايته على من ذكرنا فلانه وليه اجماعا فيكون وليه في النكاح (واما) ان الولاية عليه للاب أو الجد ثم لوصي أحدهما اذا بلغ سفيها ففي (مجمع البرهان) في باب البيع انه مما لا خلاف فيه ولا نزاع فيه وقد سمعت ما حكاه عن الاكثر في المسالك والمفاتيح

(١) كذا في النسخ والظاهر لكون (مصححه)

وما حكيناه عن التذكرة وفي (نكاح المفاتيح) انه لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفيه والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر وحمل هذا على خصوص النكاح دون المال كما ربما يتوهم من ذكر ذلك في باب النكاح حتى يرتفع التناقض يرده ما يفهم من التذكرة والمسالك من انه لا فرق في هذا الخلاف بين المال والنكاح قال في (نكاح المسالك) واما ثبوت ولاية الحاكم على من بلغ غير رشيد أو تجدد فساد عقله فعللوه بانه وليه في المال فيكون وليه في النكاح وله تصريح آخر بذلك في آخر كلامه في هذه المسئلة والمفهوم من كلام بعض الاصحاب في باب النكاح أن هذا الخلاف المنفي أو الاجماع المحكي انما هو في المجنون خاصة بمعنى انه ان بلغ مجنونا فان ولايته للاب والجد بلا خلاف وهو كذلك لان هذا الاجماع انما ادعي في المجنون ونراهم يحكون الخلاف في السفيه لكنك قد سمعت ما في التذكرة في موضعين وبذلك كله يظهر ما في الرياض هنا وفي باب النكاح حيث قال وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه أو جنون اجماعا فيما اذا اتصل الفساد بالصغر لانه مخالف لما في موضعين من التذكرة ولما حكي من كلام بعض الاصحاب ولما حكي عن الاكثر وكيف كان فقول مولانا الصادق عليه السلام في خبر هشام ابن سالم فاذا احتلم ولم يؤنس منه رشدا وكان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه يدل على ثبوت ولاية الاب أو الجد في صورة اتصال السفه بالبلوغ وهو الظاهر من قوله فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم فان مفهومه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليه والخطاب للاولياء حال الصغر وهم الاب والجد ومن تفرع عليهما بلا خلاف (وأما القائلون) بان ولاية السفيه للحاكم سواء تجدد سفهه بعد البلوغ رشيدا أو بلغ سفيها فقد قال في المسالك كما أسمعناكه ان وجهه ظاهر على تقدير القول بتوقف الحجر بالسفه ورفعه على حكم الحاكم لكون النظر حينئذ اليه وكأنه أخذ ذلك من التذكرة حيث قال الولاية في مال السفيه للحاكم سواء تجدد السفه عليه بعد بلوغه أو بلغ سفيها لان الحجر يفتقر الى حكم الحاكم وزواله أيضاً يفتقر اليه فكان النظر في ماله اليه وفي كلامهما نظر من وجهين (الاول) انه قد قال في التذكرة اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه أبا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم فان عرف رشده انفك الحجر عنه ودفع اليه المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر أم يفتقر الى حكم الحاكم وفك القاضي الاقرب الاول لقوله جل شأنه فان آنستم منهم رشدا ولزوال المقتضي للحجر كالمجنون ولانه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولكان عندهم من أهم الاشياء الى آخره وهذا ظاهر اونص في استمرار ولاية الاب والجد على من بلغ سفيها مع أن مذهبه كما سمعته توقف الحجر وزواله على حكم الحاكم وما ذاك الا من حيث تخصيصهم القول بالتوقف على حكم الحاكم بصورة تجدد السفه بعد البلوغ وانه لا نزاع في عدم توقف حجر السفيه على حكم الحاكم اذا كان السفه متصلا بالبلوغ ويأتي في باب السفيه نقل الاجماعات على ذلك وحينئذ فتفريع ولاية الحاكم في صورة اتصال السفه بالبلوغ على القول بتوقف الحجر وزواله على حكم الحاكم كما ذكراه غير سديد ويتقدح من هذا أنه لا ينبغي النظر الى الدليل فانه قد يرجح الحكم عند الفقيه لامر ويستدل عليه بدليل غير صحيح كما يظهر ذلك لمن تتبع الخلاف والمختلف والمنتهى وغيرها ألا تراه في التذكرة كيف قال بعد استدلاله وقوله فكان النظر في ماله اليه ما نصه (وقال) أحمد ان بلغ الصبي سفيها كانت الولاية للاب والجد أو الوصي لهما مع عدمهما والا فالحاكم ولا بأس به كما حكيناه عنه آنفا فان هذا يدل على عدم تمام دليله

وانما يتصرف الولي بالغبطة فلو اشترى لا مع الغبطه لم يصح ويكون الملك باقيا للبائع والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا (متن)

السابق وعدم صحة الدعوى فينبغي تأويل دليله الاول ان أمكن والا فهو رجوع كما هو الظاهر هنا وأما قوله في التذكرة الاقرب الاول فالظاهر انه لمكان خلاف بعض الشافعية (النظر الثاني) انا ان سلمنا توقف حجر السفيه وزواله على حكم الحاكم فانا نمنع الملازمة أذ لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز أن لا يثبت ولا يزول الا بحكمه مع كون الولاية والتصرف للاب والجد وانما التوقف لعدم معرفته وقصر نظره بخلاف الحاكم فانه المجتهد الجامع للشرائط القائم مقام الصاحب عجل الله فرجه وأما المفلس فلا خلاف ولا نزاع أصلا في كون الولاية في ماله للحاكم خاصة كما طفحت به عباراتهم وأفصحت به كلماتهم في بابه وغير بابه من غير تأمل ولا حكاية خلاف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وانما يتصرف الولي بالغبطة ﴾ قال في (التذكرة) الضابط في تصرف المتولي لاموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة وكون التصرف على وجه النظر والمصلحة وظاهره انه مما لا خلاف فيه بين المسلمين وانه لا فرق في ذلك بين الاب والجد والوصي والحاكم وأمينه وقد تقدم لنا في باب الرهن نقل كلام الاصحاب في اقراض الولي لماله واقتراضه ونقل الادلة على ذلك مع تمام الاستيفاء ويأتي في مطاوي المقام تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو اشترى لا مع الغبطة لم يصح ويكون الملك باقيا للبائع ﴾ ويكون الثمن باقيا أيضا على مال المولى عليه وغمائه له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوجه ان له استيفاء القصاص والعفو على مال لا مطلقا ﴾ القول بأن له استيفاء القصاص خيرة حجر التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والايضاح وحواشي الكتاب والمسالك والروضة والمفاتيح وفي (قصاص الكتاب والتحرير) لو قيل به كان حسنا (قلت) وجه تسلطه على استيفاء حقوقه مع المصلحة ولما في التأخير من التعريض للضياع والمحقق في الشرائع استشكل ولم يرجح الشهيد في غاية المراد والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان وقال الشيخ في (الخلاف والمبسوط) ليس له استيفاء القصاص وهو خيرة الشهيد في قصاص اللمعة وفي الاول الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر الثاني ونص في المبسوط على انه يحبس حتى يبلغ الصبي أو يفيق المجنون أو يموت فيقوم وارثه مقامه ولا فرق في ذلك بين الطرف والنفس ووافقه عليه الشهيد في اللمعة لان فيه منفعة للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق والواجب على الحاكم حفظ الحقوق ولا يتم هنا الا بالحبس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب وفي (قصاص الشرائع) انه أي الحبس أشد اشكالا ومنع منه في المسالك وتبعه الكاشاني وفي (غاية المراد) ان تجويز العفو على مال ثم تجويز القصاص للصغير أقوى اشكالا من التأخير والحبس وكأن هذه الاشكالات كلها ليست في محلها والشيخ استند فيما ذهب اليه الى أن الاستيفاء تفويت لا يمكن تلافيه وكل تصرف هذا شأنه لا يملكه الولي كالعفو عن القصاص فانه لا يتم ولا يسقط به القصاص اذا كمل المولى عليه وان كان علي مال وكذلك الطلاق والعتق بخلاف تصرف يمكن تلافيه فانه للولي أن يفعله كالنكاح ولذا قال في المبسوط ان للولي العفو عن القصاص على مال لان المولى عليه اذا كمل كان له القصاص ولم يستند الى أن القصاص للتشفي وهو منتف كما حكاه عنه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح والمحقق الثاني في جامع المقاصد حتى يجاب بأنه ربما ظهرت علامات موته وان انتفاء التشفي ليس بظاهر اذا بلغ الطفل وعلم بفعل الولي ولعل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على مخالفة

ولا يعتق عنه الا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره (متن)

الشيخ مع دعواه الاجماع على انه لو كان قد استدل بذلك لم يكن لهم المخالفة مع دعواه الاجماع لانك قد عرفت آنفا أنه قد يقوى الحكم في نفس الفقيه لامر عنده ويستدل عليه بما لا ينهض حجة تقريبا لكنه في لقطة المبسوط استند الى التشفي وتصوير المسئلة في طفل قتلت أمه وله أب أوجد عندنا وقد طلقها أبوه عند العامة وتمام الكلام في باب القصاص وليعلم أن الشيخ منع من القصاص للامام في لقطة المبسوط فيما اذا جنى على طرف اللقيط وكان صغيرا وجزم في لقطة الارشاد بجوازه له مع المصلحة وهو الذي قربه المصنف في لقطة الكتاب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ونسبه في المسالك الى الاكثر وقال في (الشرائع) لو قيل به كان حسنا ولا ترجيح في الدروس وأما انه له العفو على مال فظاهر قصاص المبسوط الاجماع عليه سواء كان الصبي في كفاية أو فقيرا لا مال له قال له ذلك عندنا لانه له القصاص اذا بلغ فلا يبطل التشفي الذي استند اليه قوم من العامة في عدم جواز العفو على مال وهو خيرة التحرير في باب القصاص وخيرة قصاص الكتاب والارشاد ومجمع البرهان بشرط المصلحة لا بدونها وخيرة حجر التذكرة وجامع المقاصد مع الشرط المذكور واحتمل المنع في التحرير اذا كان ذا كفاية لما فيه من تفويت حقه من غير حاجة وينبغي معرفة ما اذا أراد بالمصلحة من قيد بها فهل أراد بها أن يكون فقيرا لا كفاية له أو ماهو أعم من ذلك بحسب نظره الظاهر الثاني كما ستسمع والظاهر أنهم يقولون بأن له القصاص اذا بلغ كما سمعته في المبسوط (كما ستسمعه عن المبسوط خ ل) وقد جوز في لقطة التحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان للامام العفو على الدية اذا جنى على اللقيط ونسبه في المسالك الى الاكثر ومنع من ذلك في لقطة المبسوط والتذكرة وتمام الكلام في هذا يأتي في اللقطة وأما انه ليس له العفو مطلقا غير مقيد بالمال فهو خيرة قصاص الكتاب والتحرير وظاهر الايضاح لانتفاء المصلحة واختير في حجر التذكرة وجامع المقاصد وقصاص الارشاد والروض وكذا مجمع البرهان ان له ذلك مع المصلحة ويمكن فرضها بأن يكون الذي يقتص منه ذا جاه وسلطان ويحصل للطفل بسبب العفو عنه مراعاة في الخراج فلا يأخذ منه شيأ ويتوجه اليه بالتربية وعلو المنزلة ولو اقتص منه حصل له منه ضرر في نفسه أو ماله أو أقاربه أو نحو ذلك مع انه لا نفع له في في القصاص أصلا ومع العفو عن شيء يسقط ذلك الشيء لا غير كما اذا استحق على شخص واحد قصاص طرف ونفس وفي (التحرير وكشف اللثام) لو كان الاصلح أخذ الدية وبذلها الجاني ففي منع الولي من القصاص ان قلنا بأن له استيفاءه اشكال (قلت) اذا قلنا بأن ذلك لا يسقط قصاصه اذا بلغ فلا اشكال في منعه وتمام الكلام في الفصل السابع في العفو من كتاب القصاص ﴿قوله﴾ ﴿ولا يعتق عنه الا مع الضرورة كالخلاص من نفقة الكبير العاجز﴾ الذي لا ينتفع به في الاستخدام وغيره ولا يرغب في شرائه راغب ومثلهما اذا كان له جارية ولها أم وقيمتهما مجتمعين مائة ولو انفردت البنت ساوت مائتين ولا يمكن افرازها بالبيع فلو أعتقت الام ليكثر ثمن البنت كان جائزا وله أيضا اعتاقه على مال اذا اقتضت المصلحة ذلك كأن تكون قيمة العبد مائة فيعتقه على مائتين أو يكاتبه على ذلك كما قربه في التذكرة قال ولو لم يكن للطفل حظ لم يصح قطعا ﴿قوله﴾ ﴿ولا يطلق عنه بعوض ولا غيره﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد في المقام وغيره في باب الطلاق ولا فرق في ذلك بين الحاكم وغيره

ولا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة ولا يسقط مالا في ذمة الغير وله ان يأكل بالمعروف مع فقره وان يستعفف مع الغنى والوجه انه لا يتجاوز اجرة المثل (متن)

ويدل عليه الاصل وعموم الطلاق بيد من أخذ بالساق كما في المستفيضة وخصوص المعتبرة المستدل بها في الاب والجد بالمنطوق وفي الحاكم بالاولوية منها الصحيح وغيره هل يجوز طلاق الاب قال لا والفرق بينه وبين المجنون حيث حكموا بجواز طلاقه عنه ان له مدة يمكن فيها زوال المنع عن الطلاق بخلاف المجنون فتأمل والاصل فيه استفاضة النصوص المخرجة فيه عن حكم الاصل واجماع الايضاح بخلاف الصبي فلا مخرج عنه فيه فيصح طلاق الولي عن المجنون مطلقا مطبقا كان أوادواريا خلافا للخلاف والسرائر مدعيا عليه في الخلاف الوفاق مع عموم الخبر المستفيض الطلاق بيد من أخذ بالساق وهو مخصوص بما عرفت والاجماع معارض بمثله موهون بمصير الاكثر الى خلافه سلمنا لكنه خبر صحيح لا يعارض الاخبار الصحاح وغيرها مما انجبر بالشهرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعفو عن الشفعة الا لمصلحة ﴾ اذا باع شريكه شقصا مشفوعا كان لوليه العفو والاخذ بحسب المصلحة فان عفى الولي بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد الاخذ لم يمكن منه وكذا لو أخذ كذلك ثم بلغ وأراد رده لم يكن له ذلك كما سيأتي في باب الشفعة من دون نقل خلاف ولا اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط مالا في ذمة الغير ﴾ الا مع المصلحة كاستكفاف الظالم بابرائه منه بل له أن يرشيه لمثل ذلك ولتخليص ماله من تعويقه واطلاق زرعه بل لو طمع في ماله ووجب عليه أن يعطيه مالا يقدر على دفعه عن ماله الا به فان كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يأكل بالمعروف مع فقره وأن يستعفف مع الغناء والوجه أنه لا يتجاوز أجرة المثل ﴾ ولي اليتيم القائم بأمره وجمع امواله وحفظها اما أن يكون غنيا أو فقيرا فان كان فقيرا جاز له أن يأخذ اجماعا وفي قدره خلاف كما في التذكرة وفي (التنقيح) لا خلاف في جواز أخذه شيئا ونفى عنه الريب في الكفاية والاقتصار في النافع على الوصي لأنه الغالب ولأن غيره واجب النفقة عليه فتأمل ويأتي في بيان الغني ما يعرف به وجه التامل (وأما) اذا كان غنيا فخيرة المبسوط والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير واللمعة والتنقيح وكنز العرفان وجامع المقاصد في موضعين منه والمسالك والروضة والمفاتيح والرياض انه يجب عليه الاستعفاف واليه مال في ايضاح النافع لظاهر الامر به في الآية الشريفة (وفي الموثق) تقييد بما اذا كان محتاجا وليس له ما يقيمه لكن بعض هؤلاء قال انه يأخذ الاجرة كما ستسمع وحقه أن لا يفرق في جواز الأخذ بين الغني والفقير لان محط نظره هو العمل دون الفقر كما نبه عليه في وصايا جامع المقاصد وصريح التذكرة وظاهر الوسيلة والشرائع والكتاب في موضعين انه يستحب له التعفف مع الغنا بل هو ظاهر النهاية والمحكي عن أبي علي لقرينة العفة الظاهرة في الجواز وفي المسالك له وجه (قلت) كأن هذه القرينة لا تقوى على صرف الامر عن ظاهره في الآية وكذا الرواية وقد نسب اليهم في التنقيح أنهم يقولون بكراهية الاخذ ولعله لانه ترك مستحب وفيه نظر ولعل مرادهم بالغني الغني الشرعي وهو القادر على قوت سنة له ولعياله الذي هو ضد الفقير الشرعي ويحتمل ارادة الغني عرفا وهذا فيمن صار المال في يده باختياره أو صار وصيا كذلك وأما من يجعله الحاكم فيمكن أن يكون له أخذ أجرة المثل وان كان غنيا ويجوز للحاكم أن يعين له ذلك اذا لم يوجد المتبرع هذا كله مع نية أخذ العوض بعمله أما لو نوى التبرع لم يكن له أخذ شيء مطلقا قطعا ولو ذهل عن القصد

فالظاهر جواز الاخذ لانه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه مالم يتبرع لانه عمل محترم فكان كما لو أمره مكلف بعمل له أجرة في العادة فانه يستحق عليه أجرة المثل مالم ينو التبرع كما ذكروه في باب الاجارة خصوصا اذا قلنا بجواز أخذ قدر الكفاية للاذن فيها من الله سبحانه من غير قيد فيشمل مااذا نوى العوض أو لم ينو ثم ان ظاهر اطلاق أكثر العبارات عدم الفرق في جواز الاخذ بين كثرة المال وقلته وهو الموافق لاطلاق الآية و بعض الروايات لكن في بعض العبارات كعبارة النهاية والوسيلة والسرائر وغيرها اشعار باشتراط الكثرة وفي الصحيح أو القريب منه فان كان المال قليلا فلا يأكل شيأ وفي الموثق وان كانت صنيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرزأن من أموالهم شيأ اذ ظاهره اشتراط صرف العمل كله في مال اليتيم وهو يوافق القول بالاخذ قدر الكفاية ولعله بدون ذلك لا يتم فتأمل وظاهر أكثر العبارات والروايات تخصيص الحكم بالمتولي لاموال الايتام وقضيته انه لو لم يكن يتيم أو كان لكن لا ولاية له عليه بل على الثلث أو قضاء الدين مثلا انه لا يستحق شيأ لكن جملة من العبارات كعبارة التذكرة في باب الوصايا والكتاب والدروس أطلق فيها الحكم وهو الاظهر والا فلو كان وصيا على الاطفال وقضاء الدين وثلث المال وتحصيله وانفاقه في وجوه البر ونحو ذلك لكان عمله المتعلق بالثلث وقضاء الدين لا اجرة له أو يأخذها من مال الاطفال وكلاهما محل منع أو اشكال والموافق للاعتبار التوزيع واستوضح ذلك فيما اذا كان وصيا على قضاء الدين أو الثلث وحده أو عليهما فانه لو لم يستحق أجرة لضاع عليه العمل المحترم المأمور به من الميت والشارع الغير المتبرع به وذلك بعيد فليتأمل بل قد يدعى الاولوية لأنه اذا جاز الأكل من مال اليتيم فبالأولى أن يجوز من الثلث والدين هذا واذا جعل للوصي شيأ لحق سعيه جاز بلا ريب كما في وصايا جامع المقاصد وفي (التنقيح) ان كان الجعل أجرة مثله من غير زيادة صح بلا خلاف وان زاد فان خرجت الزيادة من الثلث والا اعتبرت اجازة الوارث انتهى وهو كذلك وان عين له ماهو أنقص من أجرة مثله لم يتجاوز عنه اذا علم ورضي به ومحل الخلاف مااذا لم يجعل له جعلا فتولى أمور الاطفال وقام بمصالحهم وقد عرفت أنهم أجمعوا على انه له أن يأخذ مع فقره شيأ وفي قدره حينئذ ثلاثة أقوال كما في كشف الرموز والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح وغيرها مما صرح به أو ذكر فيه توجيه أقل الامرين كما ستعرف وجعل في النافع قولان في المسئلة مع فقره وترك فيها أقل الامرين وقد حكى هذين القولين كاشف الرموز في تفسيره لمجل شأنه فليأكل بالمعروف وجعل في السرائر في أول كلامه في المسئلة مع فقره قولين قدر الكفاية وأقل الامرين منها ومن أجرة المثل وفي آخر الباب جعل الاقوال ثلاثة مع الفقر أيضا وظاهر الشرائع ووصايا الكتاب وغيرهما ان في المسئلة مع غناه ثلاثة أقوال وفي (الايضاح) ان في المسئلة خمسة أقوال (الاول) انه أجرة المثل قال وهو قول الشيخ في النهاية في باب التصرف في مال الايتام قلت يعني في آخر الباب المذكور (الثاني) انه له قدر الكفاية قال وهو قول الشيخ في النهاية قلت يعني في أول الباب المذكور (الثالث) أقل الامرين قال وهو قول الشيخ في الخلاف والتبيان (الرابع) قال وقال في المبسوط اذا كان فقيرا جاز له ان يأكل من مال اليتيم أقل الامرين من كفايته وأجرة مثله (الخامس) قال قال ابن ادريس يأخذ قدر الكفاية ان كان فقيرا قال فهذه خمسة أقوال (قلت) يجمعها أجرة المثل مطلقا قدر الكفاية مطلقا أقلهما مطلقا ان كان فقيرا قدر الكفاية ان كان فقيرا ويلزمه قول سادس وهو أجرة المثل مع الحاجة لان كان معروفا لا يكاد ينكر كما ستسمع ونحن نذكر الكتب التي اختير فيها أحد هذه الاقوال ولا ينبغي أن نعيد

ذكر ماقيد فيها أحد الاقوال بالفقر وما أطلق فيها ذلك لانك قد عرفتها فياسلف فالقول بأن له أجرة المثل خيرة النهاية في آخر الباب كما عرفت والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والكتاب في البابين والايضاح واللمعة والمقتصر والمسالك والمفاتيح على اختلاف آرائهم في التقييد والاطلاق وجعله في كشف الرموز مقتضى النظر وعن (مجمع البيان) انه الظاهر من روايات أصحابنا ويرد على النافع وكشف الرموز واللمعة والمسالك والمفاتيح ما أوردناه عليه آنفا مما حكيناه عن جامع المقاصد والقول بأن له قدر كفايته خيرة النهاية والوسيلة والسرائر وفي الاخير انه الحق اليقين وكأنه ظاهر فقه الراوندي وفي (كشف الرموز) انه خيرة الشيخ وأتباعه والقول بأقل الامرين خيرة التبيان والمبسوط والخلاف على ماحكي ولم أجده في الخلاف وفي (كشف الرموز والتنقيح وكنز العرفان والرياض) انه أولى وأحسن وفي (جامع المقاصد) انه أصح وفي (الروضة) انه أقوى وفي (التحرير) انه أحسن وفي (ايضاح النافع) انه هو الذي يجب تحصيله وفي (المسالك والمفاتيح) انه أجود وأحسن لو تحقق للكفاية معنى معروف وفي الاخير انه مبهم جدا وفي (الكفاية) انه لاريب في استحقاقه أقل الامرين مع الفقر وفي الزيادة على ذلك تردد (حجة القول الاول) ان عمله محترم فلا يضيع عليه وحفظه بأجرة مثله وما رواه الشيخ في الصحيح عن هشام بن الحكم على الصحيح في علي بن السندي قال سألت أبا عبد الله عليه السلام فيمن تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه قال ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الاجر فليأكل بقدر ذلك وقد سمعت ماحكي عن مجمع البيان من أنه الظاهر من روايات أصحابنا وقد تعرض الراوندي لاخبار الباب ولم يذكر هذا الخبر الصحيح (وحجة القول الثاني) قوله جل شأنه ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف والمعروف مالا اسراف فيه ولا تقتير وما رواه ثقة الاسلام والشيخ عن سماعه في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله تعالى ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف من كان يلي شيأ لليتامى وهو محتاج اليه ليس له مايقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في صنيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف وما رواه في الكافي بطريق فيه سهل وفي (التهذيب) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل فليأكل بالمعروف قال المعروف هو القوت ومثله الصحيح الآخر وفي موثقة حنان له أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد لنسل ومثله المروي في تفسير العياشي ويمكن الجمع بارجاع هذه الى الصحيح المتقدم وكأن التكافؤ موجود لمكان ما في مجمع البيان وكثرة العاملين به أي بالصحيح وحينئذ يكون الأكل كناية عن التصرف والاخذ بأكل وبدونه وكونه بالمعروف كناية عن أجرة المثل لانها ان كانت أقل فالمعروف بين الناس ان الانسان لا يأخذه عوض عمله من غيره زيادة عن عوضه المعروف وهو أجرة مثله ومثل هذا يسمى أكلا بالمعروف والزيادة عليه أكلا بغير المعروف (والحاصل) اما أن يراد بالمعروف حينئذ المعروف عرفا أو شرعا وعلى كليهما فالمعروف في الشرع والعرف أجرة عمله الذي هو حفظ الاولاد والاموال فلا يجوز له الا ذلك المقدار فيأخذه وان كان زائدا عما يحتاج اليه من سد الخلة وأما احتمال أن يراد بالمعروف ما يحتاج اليه فبعيد جدا لانه كيف يجوز له أخذه مع زيادته على أجرته وان أريد بالأكل المعنى الحقيقي كما هو ظاهر بعض هذه الاخبار وصريح خبر حنان كان المعروف فيه القوت والغالب فيه كونه أقل من الأجرة اذا كان العمل كثيرا كما سمعته آنفا فليلحظ هذا فانه نافع في الجمع بين أخبار الباب وفتاوى الشيخ والا فما كان الشيخ في النهاية ليختلف كلاماه في صفحة واحدة من دون تقادم عهد فمراده ان أراد أن يأخذ أجرة فلا يستحق الا أجرة المثل وان

أراد ان يأكل فليأكل قدر كفايته وحاجته كما أشار اليه مولانا الصادق عليه السلام في خبر حنان (قال) قال سألني عيسى بن موسى عن القيّم للايتام في الابل ما يحل له منها (قلت) اذا لاط حوضها وطلب ضالتها وهنا جرباتها فله ان يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد لنسل ومثله خبر العياشي ولعله معنى ما في الصحيحين فليأكل بالمعروف وهو القوت وهو ينطبق على ما في التبيان والخلاف والمبسوط من ان له اقل الامرين بمعنى آخر كما ستعرفه ولم يعرف ان هناك خلافاً الا من ابن ادريس وتبعه بعض من تأخر من دون امعان نظر ولعله لهذا لم يذكر ذلك في المختلف وظاهر التذكرة او صريحها ان كلامي الشيخ في النهاية لا خلاف بينهما فلتلحظ وحينئذ فعند امعان النظر يظهر أن لا خلاف بين أجرة المثل وقدر الكفاية والأكل بالمعروف بحمل ذلك على أجرة المثل لانه المعروف عرفاً وشرعاً كما قدمنا أو بالتفرقة بين الأكل والاخذ من غيره أكل كما بينا اذ مرجعه أنه لا يأكل الأكل الحقيقي الا بمقدار الاجرة ولولا ان يكون المحقق وفخر الاسلام حكيا الخلاف في ذلك لجزمنا بعدمه نعم قول الشيخ في المبسوط والخلاف والتبيان على ما حكي مخالف لقوله في النهاية لان مرجع قوله في النهاية على ما بينا أن له الاجرة سواء زادت عن قوته وقدر كفايته وحاجته أم لا وانه اذا تناول منه أكلا أو بمقدار الكفاية لا يزيد عنها والا فقد يكون العمل قليلا والقوت وقدر الكفاية كثيرا فيؤدي الى الاضرار بمال اليتيم وقد يكون المال والعمل قليلين كلبن الشاة اذا حلبها فلو أكل قوته أكل اللبن كله ولعله اليه أشار مولانا الصادق عليه السلام في خبر الكناني بقوله وان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا ولعل معناه أنه يأخذ أجرة مثل ذلك أو ان مثل ذلك لا اجرة له عرفا كما يأتي في بابه عند بعضهم ومرجع قوله في المبسوط والتبيان الى الفرق بينهما ويمكن الجمع بحمل قوله في هذين الكتابين على الاستحباب بمعنى أنه مخير بين الأكل بمقدار قوته والاخذ لقوته بحيث لا يزيد عن الاجرة وبين الاخذ منه أجرة لكن يستحب له أن يختار أقلها كما أشار الى مثل ذلك في التذكرة وبذلك يحصل الجمع ويرتفع الخلاف بين فتاوى الشيخ ولا يبعد هذا الجمع الانقل جماعة الخلاف وهو ليس بتلك المكانة من التبعيد مع امكان الجمع السديد والا فلو فرقنا بينهما وحملنا الكلام على ظاهره لم يتجه ولم يظهر له حاصل في أحد تفسيري معنى الأكل لان الأكل بالمعروف وقدر الحاجة والكفاية ان أريد به الأكل الحقيقي وجعل مختصا بالولي دون عياله وكان أقل من الاجرة يلزم أن يجب الاقتصار عليه ولا يجوز له ان يأخذ بقية الاجرة ولا نجد له وجها الا أن يقال ان الكفاية حينئذ تكون حاصلة فيكون غنيا فيجب عليه الاستعفاف عن الباقي (وفيه) أن المحكي من عبارة التبيان والخلاف في السرائر ليس فيها تقييد بالفقر سلمنا أن الفقر مراد بقرينة ما ذكره في السرائر من كلامه ان ذلك مع الفقر وعدم الغنى وبقرينة التصريح بذلك في المبسوط لكن حصول القوت يحتاج معه الى بقية مؤنة السنة من نفقة وكسوة وسكن وغيرها حتى يحقق ارتفاع الفقر ان لم نشترط حصول ذلك في بقية عياله الواجبي النفقة خصوصا اذا صرف عمله كله تمام سنته في مال اليتيم فقد حصلت الكفاية بهذا الاعتبار مع الفقر والاضطرار فلم يكن غنيا حتى يجب عليه أن يستعفف عن بقايا أجرة عمله المحترم الغير المتبرع به وأن أريد بالأكل بالمعروف وقدر الكفاية مطلقا التصرف والاخذ كما هو المراد من قوله جل شأنه (ولا تأكلوا اموالكم بينكم ولا تأكلوها أسرافا وبدارا) ونحو ذلك فيكون قوله عليه السلام في الصحيحين هو القوت تخصيص لمعنى الأكل الا انه ليس بصريح بأكله بنفسه لان الأكل يستعمل كما عرفت فيما هو اعم فالمعروف

ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدرا لا تأكله النفقة على اشكال (متن)

من ذلك غير معروف حتى اذا كان اقل من اجرة مثله يجب الاقتصار عليه لان التصرف على هذا الوجه يختلف بأختلاف الاشخاص وأختلاف الحاجة الا ان تقول لو كان تصرفه وقدر كفايته بالمعروف خمسين درهما مثلا وقدر اجرة مثله مائة فانه يجب عليه الاقتصار على الخمسين ان أرتفع فقره بها وهذا معنى صحيح الا ان يدعى ان الظاهر من الآية و بعض الاخبار هو الاول (لكن) لقائل أن يقول أن الظاهر من كلام القائل هو الثاني فتأمل ولا تغفل عما ذكرناه آنفا (وكيف كان) فقد ظهرت حجة القول الثالث أعني اقل الامرين من الاجرة والكفاية مع اعتبار الفقر من ان الكفاية ان كانت اقل من الاجرة فلانه مع حصولها يكون غنياً فيجب عليه الاستعفاف وان كانت أجرة المثل اقل فانما يستحق عوض عمله فلا يحل له أخذ مازاد ولان العمل لو كان لمكلف يستحق عليه الاجرة لم يستحق ازيد من اجرة عمله فكيف يستحق الأزيد مع كون المستحق عليه يتيما وقد ناقشهم في المسالك بمثل ما ذكرناه في الترديد في معنى الأكل وكلامه في ذلك غير منقح فليلحظه من اراده ثم أن ما فيه وفي (المفاتيح) من انه ليس للكفاية معنى معروف مضبوط وانه مبهم جدا غير جيد لان معناها كما قدمنا ما يرتفع بها الفقر كما اشار اليه في الروضة فان كانت المسئلة خلا فيه فهذا القول اجودها جمعا بين الادلة ان كانت مختلفة واما القول بان فيه اقتصارا على المتيقن فيما خالف الاصل كما في الرياض فكأنه في غير محله لان أجرة العمل المحترم غير مخالفة لاصل ولا نقل واما ما رواه ثقة الاسلام عن البزنطي بطريق فيه سهل قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال الايتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه وينوي ان يرده قال لاينبغي له أن يأكل الا القصد ولا يسرف وان كان من نيته ان لا يرده عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله تعالى (ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما) ففيه على ضعفه واعراض الاصحاب عنه انه محمول على التقيه لان وجوب رد عوضه اذا ايسر مذهب عبيدة السلماني وعطا ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية والسافعي في احد القولين وقد حمله بعض اصحابنا كالمقداد على الاستحباب ﴿قوله﴾ ﴿ ويجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدرا لا تأكله النفقة على اشكال ﴾ صحة عدم الوجوب كما في جامع المقاصد وجزم في نكاح التذكرة بانه يجب عليه استنماؤه بحيث لا تأكله النفقة والمؤن أن امكن قال ولا يجب عليه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية ولم يرجح ولده في الايضاح ولا الشهيد في حواشيه قال في (الايضاح) الاشكال ينشأ من انه اكتساب ولا يجب ومن أنه منصوب للمصلحة وهذا من أتم المصالح ولانه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب الولي لدفعهما هذا ينبى على ان هذا هل هو مصلحة أو اصلح وعلى الثاني هل يجب أم لا وقد حقق ذلك في علم الكلام أنتهى (قلت) الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحة بمعنى دفع الضرر ولايجب عليه الاصلح والا لوجب عليه شراء الرخيص له حيث لا يكون حتما ولا يلزم العدول الى الغالي ووجب البيع اذا طلب متاعه بزيادة وسينص المصنف على استحباب ذلك وقال في (التذكرة) يستحب له ان يتجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح سواء كان الولي ابا أو جدا له أو وصيا أو حاكما أو امين حاكم وبه قال علي عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافا الا ما روي عن الحسن البصري كراهية ذلك لان خزنه احفظ له وابعد له عن التلف

فان تبرم الولي به فله ان يستاجر من يعمل ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطة وكذا يستحب شراء الرخيص (متن)

انهى وقد افاد نفي الخلاف عن الاستحباب وأن كان مسوقا لغير ذلك ويدل على عدم الوجوب ايضاً قول الصادق عليه السلام في خبر اسباط ابن سالم حيث سئله عن مضاربة اخيه في مال ابن أخيه الصغير الذي هو وصي له وانه يدفع الربح لليتيم ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا باس به وان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم.حيث قال عليه السلام لا باس به ولم يقل فليتجر به أو يضارب أو يجب عليه أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب ومثله خبرابي الربيع حيث قال له ايصلح له ان يعمل به فقال عليه السلام نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والربح بينهما ثم روى العامة عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من ولي يتيما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقه وهو على ضعفه مخالف لما عليه اصحابنا اذ ليس في تقدية من زكوة وجوبا ولا استحبابا نعم لو اتجر له الولي استحب ﴿ قوله ﴾ ﴿ فأن تبرم الولي به فله أن يستأجر من يعمل ﴾ برم برما فهو برم ضجر ضجرا فهو ضجر وزنا ومعنى اذا سئمه وملّه ويقال أبرمه أي أمله واضجره ولعله يريد أنه اذا تبرم باستنمائه فله ان يستأجر من يعمل به ويستنميه لان المدار على الاستنماء لكن هذا يغني عنه ما يأتي له من ان له ان يضارب به ويبضعه مع عدم مناسبة الاستئجار له في الجملة ويحتمل ان يراد أنه اذا تبرم بحفظه ومباشرته فله أن يستأجر من يباشره ويعمل لحفظه وهذا يناسبه ذكر الاستيجار وقوله فيما ياتي واذا تبرع أجنبي الى آخره لكنه يغني عنه أيضاً قوله وللأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك ولعله غرضه انه ان تبرم بما يصح له الاستنابة فيه ويستحق عليه أجرة كان له ان يستأجر (وتنقيح هذا) أي حكم الاستنابة ان للوصي الاستنابة فيما لا يقدر على مباشرته اجماعا كما في التذكرة دفعا للضرر وكذا ما يقدر عليه لكن لا يصلح مثله لمباشرته قضاء للعادة وتنزيلا للاطلاق على المتعارف بين المباشرين والمعهود بينهم وأما ما يصلح لمثله أن يليه فالاولى عدم المنع وفي (التذكرة) الاولى المنع فتأمل هذا مع الاطلاق واما مع التخصيص على الاستنابة فانه جائز اجماعا كما في التذكرة قال ومع التنصيص على المنع لا يجوز اجماعا ولعل هذا مقيد بغير الذي لا يصلح مثله لمباشرته كما انه مقيد قطعاً بغير الذي لا يقدر عليه قال في (جامع المقاصد) اما ما لا يقدر مثله على فعله أولم تجر العادة بتولي مثله فانه يجوز له الاستنابة قطعاً وهذا باطلاقه يتناول ما ذكرنا وقد يكون قوله في التذكرة واما مع التخصيص الى آخره انما لحظ فيه ما يصلح لمثله أن يليه ولعل ظاهر هذا هو الظاهر فلا يحتاج الى التقييد وتمام الكلام يأتي أنشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستحب له البيع اذا طلب متاعه بزيادة مع الغبطه وكذا يستحب شراء الرخيص ﴾ قد أوجب عليه الامرين في نكاح التذكرة واستثنى من الثاني ما اذا رغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز وقال في (جامع المقاصد) في بعض النسخ عوض يستحب يجب في الموضعين وفي (حواشي) شيخنا الشهيد أنهما متوجهان لتردده في الاستنماء بين الوجوب والاستحباب فجاز كل من الامرين هنا لأن ذلك استنماء وقال معترضا على الشهيد ان هذا القدر لا يجدي لان ما سبق تردد وما هنا فتوى وجزم فالمخالفة ثابتة نعم (قد يقال) هو رجوع عن التردد الى الجزم وان قرب ما بينها (وقد يقال) في الاعتذار لنسخة الاستحباب مع التردد

واذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للاب أخذ الاجرة على اشكال وله ان يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل والمضاربة بماله وللعامل ما شرط له وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة فيه اشكال ينشاء من ان له الدفع الى غيره فجاز لنفسه ومن ان الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه الا بعقد ولا يجوز ان يعقد الولي مضاربة مع نفسه (متن)

السابق ان الاستنماء على تقدير وجوبه لا يستدعي أزيد من مراعاة حصول زيادة لا يذهب مال الطفل معها بالنفقة أما البيع في وقت مخصوص والشراء على وجه معين فلاوعلى تقدير الوجوب أن التردد في الاستنماء الذي يحتاج الى توجه وسعي لتحصيل النماء أما ما حصل بغير تكلف وسعي فانه واجب لامحالة (قلت) الاعتذاران لا يخفى حالها على تقدير التردد السابق ثم ان الموجود في النسخ التي رأيناها يستحب في الموضعين قال وكيف كان فنسخة الاستحباب أوجه الا في شراء الرخيص على بعض الوجوه فان العدول عنه الى شراء الغالي لا يجوز قطعا لكن هذا كالمستغنى عنه باشتراط المصلحة وهي منتفية عن مثل هذا فلعل المراد الشراء حيث لايكون حتما أولا يلزم العدول الى الغالي أو تحمل العبارة على استحباب السعي في شراء الرخيص ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا تبرع أجنبي بحفظ مال الطفل لم يكن للأب أخذ الاجرة على اشكال ﴾ أقوى الوجهين ان له ذلك كما في الايضاح وهو الاصح كما في جامع المقاصد لمكان مزيد الشفقة فلا تعد الاجرة ضررا معها ولثبوت ولايته بالاصالة ولم يرجح في نكاح التذكرة وفي (الحواشي) ان الاولى أن لا يأخذ وقضية كلامهم أن لا اشكال في عدم جواز أخذ الوصي مع تبرع الاجنبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يرهن ماله عند ثقة لحاجة الطفل ﴾ قد تقدم في بابه أنه لا خلاف فيه منا وانما المخالف بعض الشافعية وانه قيده في المبسوط وغيره بما اذا لم يكن بيع شيء من ماله أعود أولم يمكن وان جماعة قالوا يجب أن يكون على يد ثقة يجوز ايداعه منه وقد أسبغنا الكلام في المقام فليرجع اليه من أراد الوقوف عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمضاربة بماله وللعامل ماشرط له ﴾ قال في (التذكرة) للولي أن يتجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح ويستحب له ذلك سواء كان الولي أبا أو جدا له او وصيا أو حاكما أو أمين حاكم وبه قال علي عليه السلام وعمر وعائشة والضحاك ولا نعلم فيه خلافا الا ماروي عن الحسن البصري كراهية ذلك لان خزنه أحفظ له وأبعد له من التلف ثم قال في مسئلة أخرى ينبغي أن يتجر في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا لأمين ولا يغرر بماله (والحاصل) ان هذا الحكم أعني المضاربة بمال الطفل يأخذونه مسلما كما ستسمع كلامهم في ابضاعه وفيما اذا اتجر به مضاربة لنفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل للوصي أن يتجر بنفسه مضاربة فيه اشكال ينشأ من أن له الدفع الى غيره فجاز لنفسه ومن أن الربح نماء مال اليتيم فلا يستحق عليه الا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي مضاربة مع نفسه ﴾ لانجد في المسئلة اشكالا يعبأ به بل له أن يتجر كذلك كما جزم به في التذكرة وجامع المقاصد بل قد يظهر ذلك من كلام التذكرة السالف فلا يكون فيه خلاف لانه أسند التصرف الى رأيه وهو يعم مااذا اتجر بنفسه مضاربة وما اذا ضارب غيره وبالجملة يعم كل تصرف مع المصلحة واذا جاز الثاني لكونه منوطا بنظره فبالأولى أن يجوز اذا كان في يده أقرب به من مقتضى الوصية وكونه أدخل في الحفظ ومبنى الوجه من الاشكال على انه لايجوز

ويجوز ابضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم وان يبني له عقارا أو يشتريه ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجه ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطه وخلطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه اقل (متن)

أن يعقد الولي المضاربة مع نفسه فان كان لان العقد يقتضي متعاقدين كما ذكره بعض العامة (ففيه) أنه يكفي حصولهما بالقوة وتغايرهما بالاعتبار وان كان لانه لا بد من الاذن في ذلك فقد عرفت أن اسناد التصرف اليه يتناول ذلك وفي (التحرير) الاقرب أنه لا تصح المضاربة وتكون له أجرة المثل وكأن ولده والشهيد مستشكلان أيضا حيث لم يتعرضا للمسئلة وا كتفيا بما ذكره المصنف في وجهي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز ابضاع ماله وهو أن يدفع الى غيره والربح كله لليتيم ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد مع المصلحة لان ذلك أنفع من المضاربة لأنه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يدفع جميع ربحه الى اليتيم أولى سواء كان بأجرة أو متبرعا والبضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأن يبني له عقارا ويشتريه ﴾ أما الشراء فلانه مصلحة له لانه يحصل منه الفضل ولا يفتقر الى كثير مؤنة وسلامته متيقنة والاصل باق مع الاستنماء والغرر فيه أقل من التجارة لما فيها من الاخطار وانحطاط الاسعار فان لم يكن في شرائه مصلحة اما لفضل الخراج وجور السلطان أو أشراف الموضع على البوار لم يجز (وأما) بناء عقار له واستجداد ما استهدم من الدور والمساكن فلأنه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المال اليه واذا أراد البناء على ما فيه الحظ لليتيم بناه بما هو أنفع وأبقى كالآجر والطين وان اقتضت المصلحة باللبن فعل وبالجملة يبنى على ماهو المعتاد في البلاد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجوز له بيع عقاره الا للحاجة ﴾ كأن يكون به ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه ولا تندفع حاجته الا بالبيع والجزئيات لا تنضبط فالمدار على الحاجة مع المصلحة وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع دارا أو عقارا ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه وحيث يجوز البيع يجوز بالنقد والنسيئة وبالعرض واذا باع الاب أو الجد وذكر أنه للحاجة ورفع الامر الى الحاكم جاز له أن يسجل على البيع ولا يكلفهما اثبات الحاجة والغبطة لانهما غير متهمين في حق ولدهما ولو باع الوصي أو أمين الحاكم لم يسجل الحاكم الا اذا قامت البينة على الحاجة والغبطة فاذا بلغ الصبي وادعى على الاب أو الجد بيع ماله من غير حاجة ومصلحة كان القول قولهما مع اليمين وعليه البينة لانه ادعى عليهما خلاف الظاهر اذ الظاهر من حالهما الشفقة وعدم البيع الا للحاجة ولو ادعى على الوصي أو الامين فالقول قوله في بيع العقار وعليهما البينة لانهما مدعيان وفي غير العقار الأولى ذلك أيضا لهذا الدليل والفرق عسر الاشهاد في كل قليل وكثير يبيعه كما ذكر ذلك كله في التذكرة ويأتي قريبا ماله نفع في المقام عند قوله ويقبل قول الولي في الانفاق ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز كتابة رقيقه وعتقه على مال مع الغبطة ﴾ كما في التذكرة والتحرير وقد تقدم ما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وخلطه مع عياله في النفقة وينبغي أن يحسب عليه أقل ﴾ لما نزل قوله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون في بطونهم نارا وسيصلون سعيرا) تجنب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أموال اليتامى وأفردوها عنهم فأنزل الله سبحانه وتعالى (وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لاعنتكم) أي ضيق عليكم وشدد فخالطوهم في مأكولهم

وجعله في المكتب بأجره او صنعه وقرض ماله اذا خشي تلفه من غرق او نهب وشبهه فيأخذ عليه رهنا بحفظ قيمته (متن)

ومشربهم و بالحكمين المذكورين صرح في التذكرة والتحرير ومعنى ينبغي أن يحسب عليه أقل انه يحسب أقل مما يحتاج اليه وليس بواجب لان الواجب هو أن لا يزيد عليه وينبغي للولي النظر في حال اليتيم فان كانت الخلطة له أصلح وأرفق في المؤنة واللين في الخبز وغير ذلك جاز له بل كان أولى كما قال الله سبحانه وتعالى (يسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم) وان كان الافراد أرفق له وأصلح أفرده وسئل عثمان بن عيسى الصادق عليه السلام عن قول الله عز وجل (وان تخالطوهم فاخوانكم) قال يعني اليتامى قال اذا كان الرجل على الايتام في حجره فليخرج من ماله على قدر مايخرج لكل انسان منهم فيخالطوهم ويأكلون جميعا ولو تعدد اليتامى واختلفوا كبرا وصغرا حسب على الكبير بقسطه وعلى الصغير بقسطه وقال أبو الصباح الكناني للصادق عليه السلام أرأيت ان كان يتامى صغارا وكبارا و بعضهم أعلى من بعض و بعضهم أكل من بعض ومالهم جميعا فقال عليه السلام أما الكسوة فعلى كل انسان ثمن كسوته وأما الطعام فاجعله جميعا فان الصغير يوشك أن يأكل أكثر من الكبير ويجب على الولي الانفاق بالمعروف ولا يجوز له التقتير عليه في الغاية ولا الاسراف في النفقة بل يكون في ذلك مقتصدا ويجري الطفل على عادته وقواعد أمثاله من نظرائه فان كان من أهل الاحتشام أطعمه وكساه مايليق بأمثاله وان كان من أهل الفاقة أنفق عليه نفقة أمثاله ﴿ قوله ﴾ ﴿وجعله في المكتب باجرة أو صنعة﴾ يجوز له أن يجعل الصبي في المكتب وعند معلم القرآن العزيز والآداب والحكمة وغيرهما من العلوم ان كان من أهل ذلك ولهذكاء وفطنة ومنع منه سفيان وأنكر أحمد ذلك غاية الانكار وكذا يجوز له أن يسلمه الى معلم الصناعة اذا كانت تليق بحاله ولا تثلم من مجده اذا كان من أرباب البيوتات وليس له أن يسلمه الى معلم السباحة الا أن يكون تعليمه فيما لا يغمره ولا يخاف عليه الغرق فيه كما نص عليه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقرض ماله اذا خشي تلفه من غرق أو نهب وشبهه فيأخذ عليه رهنا بحفظ قيمته ﴾ كما في الشرائع وجامع الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك ومجمع البرهان وغيرها وزيد في جامع الشرائع والمسالك الاشهاد (قلت) يتجه ذلك اذا قلنا ان أداء الدين من الوكيل به بغير اشهاد تفريط فيلزم القول هنا بوجوب الاشهاد حذرا من التفريط واحتاط في الكفاية مع ذلك بالاقراض من ثقة مع الامكان وفي (التذكرة) انه لو تمكن من الارتهان ورضي بالكفيل ضمن وفي (الشرائع واللمعة والروضة والمسالك) كما يأتي في الكتاب انه لو تعذر الرهن في موضع الخوف والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة وفي بعضها من ثقة غالبا وفي (اللمعة) من الثقة العدل وقضية كلامهم انه اذا تعذر الثقة لا يجوز الاقراض ولعل الاقراض أولى لانه مرجو الحصول في الدنيا والآخرة بخلاف التلف من الله عز وجل الا أن تقول انه سبحانه وتعالى يثبت العوض عليه جلت عظمته فيرجح لكونه أكثر فليحفظ هذا وفي (جامع المقاصد) لا يبعد وجوب الاقراض اذا ظهرت أمارات حصول التلف واقتصر في المبسوط على اقراضه من ثقة ملي وفي (الارشاد) على الثقة من دون ذكر رهن فيهما وقال المقدس الاردبيلي اذا تعذر الرهن اكتفى بالملائة والثقة ومع التعذر يسقط ومع وجودهما يحتمل تقديم الثقة ويحتمل تقديم الملي (قلت) الظاهر ممن يستقرض من أجل حفظ اليتيم كما هو المفروض أن لا يبذل رهنا فاشتراطه مفوت

فأن تعذر أقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفا من الطريق وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه او تعيبه كتسويس التمر وعفن الحنطة ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه فأن تمكن من اخذ الرهن وجب والا فلا وليس للأب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك (متن)

لهذا وقضية كلامهم جميعا أنه لايجوز الاقراض مع الأمن كما سيصرح به المصنف هذا ومرادهم بقوله (١) الثقة غالبا الثقة في ظاهر الحال يريدون أنهم يكتفون بظاهر أمره ولا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبروا عن الظاهر بالغالب نظرا الى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقة لان المراد كونه في أغلب أحواله ثقة والجمع بين الثقة والعدل في عبارة اللمعة تأكيدا وتفسيرا الثقة بالعدل لان ذلك هو المعتبر شرعا اذ لا يشترط الضبط مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفية فانها أعم من الشرعية ولو لم يكن لليتيم حظ وانما قصد ارفاق المقترض لم يجز اقراضه كما لم يجز هبته كما صرح بذلك في التذكرة وفيها وفي المسالك وما يأتي من الكتاب ان من الخوف على مال اليتيم ما اذا خاف على حنطته من السوس وفي (جامع المقاصد) انه كما يجوز ذلك للوصي يجوز للحاكم مع عدمه وكذا يجوز لعدول المؤمنين مع عدمهما ولا ضمان في موضع الجواز وتمام الكلام تقدم في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تعذر اقرضه من الثقة ولا يجوز قرضه مع الأمن ﴾ قد تقدم الكلام في هذين الحكمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو احتاج الى نقله جاز اقراضه خوفا من الطريق ﴾ اذا كان للصبي مال في بلد فأراد الولي نقله عن ذلك البلد الى آخر كان له اقراضه من ثقة ملي ويقصد بذلك حفظه من الغزو والسراق وقطاع الطريق وغير ذلك والفرق بين هذه والتي قبلها ان الاقراض هناك من غير نقل مع ظهور علامات الخوف والاقراض هنا للنقل لان الطريق مظنة السارق وغيره مع ظهور علامات الأمن اذ لا يجوز نقله مع امارات الخوف ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو خاف تلفه بتطاول مدته ولم يتمكن من بيعه ﴾ أي يقرضه من الثقة الملي ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو تعيبه كتسويس التمر وعفن الحنطة ﴾ هذا بالنصب عطف على تلفه أي يقرضه من الثقة الملي ان خاف تعيبه وان لم يخف تلفه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أراد الولي السفر كان له اقراضه ﴾ لان سفر الولي يعرض المال للضياع فيجوز اقراضه ولا يجوز له نقله لان الطريق مظنة العطب الا مع الحاجة وجواز القرض هنا غير مشروط بالخوف والقرض أولى من الايداع لان الوديعة لا تضمن ولو لم يوجد المقترض الثقة الملي أودعه من ثقة أمين ذي يسار لانه أولى من السفر به ولو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الثقة الملي الباذل للرهن فاحتمال الضمان قوي جداً لو تلف ومع عدم بذل الرهن فلا ضمان وقد يكون الايداع أنفع من الاقراض ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تمكن من أخذ الرهن وجب والا فلا ﴾ أي ان تمكن من أخذ الرهن في جميع ما سلف وجب أخذه وبدونه يكون مفرطا والا يتمكن سقط وليس الكفيل كالرهن اذ لا يزيد على المرتهن الثقة الملي وقد سمعت كلام التذكرة فيما اذا تمكن من الرهن ورضي بالكفيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللاب الاستنابة فيما يتولى مثله فعله والاقرب في الوصي ذلك ﴾ أما (الاول) فلأن ذلك مما جرت العادة بمثله فلا

(١) كذا وجد والظاهر بقولهم (محسن)

ويقبل قول الولي في الانفاق بالمعروف على الصبي او مالـه والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط سواء كان ابا أو غيره على اشكال وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر (المقصد الثاني في المجنون والسفيه) أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات اجمع المالية وغيرها وأمره الى الاب والجـد له وان علا فأن فقـدا فالوصي فأن فقد فالحا كم وللولي التصرف في ماله بالغبطة (متن)

يعد مقصرا وقد تقدم الكلام في ذلك وفي (نكاح التذكرة) يجوز للاب أن ينصب عن ولده قيما لحفظ ماله واستنمائه وحراسته بأجرة المثل (وأما الثاني) فلانه قائم مقام الاب فيجوز له ما يجوز له ولما قلنا من جريان العادة بالاستنابة في مثله وهو الاصح كما في جامع المقاصد والاقوى كما في الايضاح ويحتمل عدمه لاصالة عدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقبل قول الولي في الانفاق بالمعروف على الصبي أوماله والبيع للمصلحة والقرض لهـا والتلف من غير تفريط سواء كان أبا أوغيره على اشكال ﴾ اذا ادعى الاب أو الجد أو الوصي الانفاق بالمعروف على الصبي أو على عقاره أو ماله أو دوابه ان كان ذا دواب كان القول قوله كما في وكالة الشرائع والتذكرة والتحرير والكتاب وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي (الايضاح) انه لاشك في ذلك لعسر اقامة البينة في كل وقت على الانفاق وعسر ضبطه ولافي ان القول قوله في التلف من غير تفريط للاصل ولانه أقوى من الودعي ومنه ما اذا ادعى ان ظالمـا قهره عليه وأخذه وأما اذا ادعى الاب أو الجد القرض اوالبيع للمصلحة فالقول قولهما اذ الظاهر منهـما الشفقة وعدم البيع الا للحاجة والمصلحـة وفي (الايضاح) انه لاشك في ذلك أيضا وظاهر حواشي الكتاب وجامع المقاصد انه لا اشكال فيه وظاهرهم يشمل ما اذا كان المبيع عقارا وهو كذلك كما تقدم وأما الوصي وأمين الحاكم ففي (التذكرة) انه لا يقبل قولهما في بيع العقار الا مع البينة وفي غير العقار ان الاولى ذلك وقد استشكل هنا لصحة تصرفات المسلم المالك لذلك التصرف ولانه موضوع لفعل ما يعتقد انه مصلحة فيرجع اليه فيه ولا يكلف اقامة البينة عليه ولان دعواه صلاح التصرف دعوى عدم التعدي وهو الاصل والقول قوله فيه ومن اصالة بقاء الملك على مالكه الى أن يثبت الناقل واصالة عدم الحاجة الى البيع وعدم خفاء المصالح والاول أقوى كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو الظاهر من حواشي الكتاب وقد قالوا في باب الوكالة انه لايقبل قول الاب والجد له والوصي والحاكم وأمينه في تسليم المال لو أنكر الصبي بعد رشده تسليم المال اليه وكذلك الوصي صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا الكفاية وتمام الكلام هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يصح بيع المميز وشراؤه مع اذن الولي نظر ﴾ الوجه انه لا يصح كما في التذكرة والاصح كما في جامع المقاصد وقد تقدم الكلام فيه عند قوله وفي صحة العقد حينئذ اشكال ﴿ الفصل الثاني في المجنون والسفيه ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما المجنون فهو ممنوع من التصرفات أجمع المالية وغيرها ﴾ قال في (التذكرة) لاخلاف بين علمائنا كافة في الحجر على المجنون مادام مجنونا وانه لا ينفذ شيء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك والحديث المشهور يدل عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأمره الى الاب والجد له وان علا فان فقدا فالوصي فان فقد فالحاكم ﴾ قد تقدم فيه الكلام مستوفى أكمل استيفاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللولي التصرف في

وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي ان يطلق عنه والا البيع فانه لا ينفذ ولو اذن له الولي وله ان يزوجه مع الحاجة لا بدونها وأما السفيه فهو الذي يصرف امواله في غير الوجه الملائم لافعال العقلاء (متن)

ماله بالغبطة ﴾ هذا مما لاشك فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وحكمه حكم الصبي فيما تقدم الا الطلاق فان للولي أن يطلق عنه ﴾ قد تقدم الكلام فيه أيضا عند الكلام على طلاق الصبي ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا البيع فانه لا ينفذ ولو أذن له الولي ﴾ وقد تقدم منه في الصبي ان في صحه بيعه نظرا والفرق ان المجنون كغير المميز فلا أثر لعبارته ولا قصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يزوجه مع الحاجة لا بدونها ﴾ الذي اعتراه الجنون اما ذكر أو أنثى وكل منهما اما صغير أو كبير فالمجنون الكبير لا يزوج الا أن تدعوا الحاجة اليه لما فيه من لزوم المهر والنفقة عليه وتظهر الحاجة اذا ظن شفاؤه بالنكاح أو رغب في النساء وتعلق بهن وطلب منهن أو احتاج الى امرأة تخدمه وكانت مؤنتها أخف من شذاء أمة فتستأجر الزوجة أولا لئلا ترجع عن الوعد فان ذلك ليس واجبا عليها ويكون القابل الاب أو الجد أو السلطان على ما مر في بيان حال الولاية عليه ولا يزوج الا واحدة اذا اندفعت الحاجة بها وان كان صغيرا جاز للاب والجدان يزوجاه مع المصلحة كما في التذكرة وقضية اطلاق عبارة الكتاب انه لابد من الحاجة وليس لغيرهما ذلك حتى السلطان اجماعا كما في نكاح التذكرة (وأما المجنونة) فلا يزوجها الا الاب اوالجد له ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو كبيرة بكرا أو ثيبا عندنا كما في نكاح التذكرة هذا اذا اتصل وأما اذا تجدد فقد تقدم الاجماع من التذكرة أيضا ان الولاية للحاكم ولا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة بل يكفي ظهور المصلحة بخلاف المجنون لأنها تستفيد من النكاح النفقة والمهر والمجنون يغرمهما ولو دعت الحاجة الى تزويجها فأولى بالجواز بل ربما وجب ولم يكن لها أب ولا جد فان كانت صغيرة فأكثر علمائنا كما في (التذكرة) على انها لاتزوج لانه لاحاجة لها في الحال وغير الاب والجد لايملك الاجبار وان كانت بالغة زوجها الحاكم والمجنون المنقطع جنونه لايجوز تزويجه الا أن يفيق فيأذن ويشترط وقوع العقد حال الافاقة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما السفيه فهو الذي يصرف أمواله في غير الوجه الملايم لافعال العقلاء ﴾ هذا التعريف قد طفحت به عباراتهم بهذا اللفظ ونحوه كقولهم الذي يصرف أمواله في غير الاغراض الصحيحة وقولهم المبذر لاموال في غير الاغراض الصحيحة وغير ذلك والسفيه يقابل الرشيد ولما عرف المصنف الرشد بأنه كيفية نفسانية تمنع من افساد المال وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء كما تقدم الكلام فيه مسبغا مشبعا كان السفه عبارة عن الملكة التي يترتب عليها اضداد تلك الامور فلا يقدح الغلط في بعض الاحيان والانخداع نادرا لان ذلك لاينافي الملكة وصرف المال في المحرمات وتضييعه مثل القائه في البحر سفه باجماع الأمه كما يفهم من التذكرة وكذاصرفه في الأطعمة والأشربة والأكسية الغير اللائقة بحاله بحيث يعاب عليه ذلك عرفا وغالبا قال في (التذكرة) الفاسق اذا كان ينفق أمواله في المعاصي ويتوصل بها الى الفساد فهو غير رشيد ولا تدفع اليه أمواله اجماعا وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكاة دفع اليه ماله أي عند من لم يشترط العدالة والظاهر أن مراده بهذا الاجماع اجماع الامة كما يعرف ذلك من تتبع كلامه والظاهر عدم اختصاصه بالابتداء فان الرشد شرط دائما ويرشد اليه قوله في موضع آخر منها ونحن لما ذهبنا الى أن الفسق لايوجب الحجر

ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت افعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين او العين والعتق والنكاح فان عقد لم يمض (متن)

وانه لايشترط في الرشد العدالة لم يثبت الحجر عنـدنا بطريان الفسق مالم ينضم اليـه تضييع المال في المحارم وغيرها وهذا لايمكن تخصيصه بالابتداء كما هو ظاهر غيره أيضا وقال في (التذكرة) أيضا لوطرأ الفسق الذي لايتضمن تضييع المـال ولا تبذيره فانه لا يحجر عليه اجماعا وقضيته أن الذي يتضمن ذلك يوجب التحجير عليه من غير تخصيص بالابتداء وفي (التحرير) ان استلزم فسقه التبذير كشراء الخمر وآلات اللهو والنفقة على الفاسق لايسلم اليه شيء لتبذيره ولعـله أراد النفقة على الفاسق فيما فسق فيه والا فهو مشكل جدا (وكيف كان) يرد الاشكال العظيم الذي أورده المقدس الاردبيلي قال انه قلما يخلوا عن ذلك الانسان فانهم يشترون مالا يجوز ويستعملون الربا ويعطون الاموال للمغني والملاعب بالمحرم والى من يأخذ من الناس الاموال قهرا خصوصا الحكام والظلمة فيلزم أن يكونوا سفهاء لاتجوز معاملتهم ومناكحتهم وأخذ عطاياهم وزكوتهم وخمسهم فانهم سفهاء باجماع الامة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا وأطلقوا معاملاتهم ومناكحتهم وقبول جوائزهم وقالوا بكراهتها بل يمكن أن يقال أن صرفه في العنب بأن يعمل خمرا وفي الخشب بأن يعمل صنما ونحو ذلك صرف في المحرم فيكون فاعـله فيها لاتجوز معاملته ومناكحته مع انهم جوزوا ذلك وقالوا بكراهتها ولا شك أن صرفه ولو كان قليلا من الاطعام للريا والسمعة وغير ذلك من الاغراض الغير الصحيحة شرعا حرام فيكون موجبا للسفه ومن الذي يخلو عنه من أرباب الاموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكوة والخمس منهم فتأمل وبالجملة التنزه عنه متعسر جدا فانه لولم يعامل السفيه فانه يعامل من يعامله وبصعب ذلك أيضاً انهم قالوا ان الرشد شرط فلا بد من تحققه ليعمل بالمشروط فمن جاء الى سوق كيف يعرف ذلك بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالاجماع فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ويتركون الاصل فان ظاهر حال الانسان انه لم يفعل حراما ولا يصرف ماله فيه ولعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكحة ولهذا ما نقل الامتناع والتفحص عنهم عليهم السلام ولا عن احـد من العلماء المتدينين ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنص والاجماع (قلت) هذا لا يجدي فيمن يعلم صرفهم المال في المحرمات كالظلمة والحكام وصانع الخمر وعامل الصنم فكيف يصح البناء على الظاهر من حال المسلم مع العلم بخلافه ولعلهم يخصصون السفه بما اذا لم يكن له غرض صحيح في نظر اهل الدنيا كما اشار هو اليه وتقدم منا التنبيه عليه في حال الصرف للربا وهذا ايضا لا يجدي بعد أجماعهم على ان صرفه في المعاصي تبذير ولا جواب الا بان يقال ان السفيه التي تحرم معاملته ومناكحته هو من حجر عليه الحاكم لا غير كما سيتضح لديك

﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنع من التصرفات المالية وان ناسبت أفعال العقلاء كالبيع والشراء بالعين أو الذمة والوقف والهبة والاقرار بالدين أو العين والعتق والنكاح فان عقد لم يمض﴾ يمنع السفيه بعد ثبوت الحجر عليه بمجرد ظهور سفهه أو بشرط حكم الحاكم به على الخلاف الآتي من التصرفات المالية ما ذكره وغيره ولا فرق بين ما ناسب افعال العقلاء وغيره ولا بين الذكر والانثى وان عقـد لم يمض الا مع اجازة الولي على القول بالفضولي وذلك كله قضية اطلاق كلام جماعة وبه صرح آخرون وفي (مجمع البرهان) ان وجه منعه من التصرفات المالية لنفسه من دون الولي مطلقا مع اصابة المصلحة والربح أم لا الاجماع

ظاهرا وقد تعرض لعدم الفرق بين الذكر والانثى المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو كذلك بل الانثى أشد اذهي الى نقصان العقل والانخداع أقرب ومن ثم ذهب بعض العامة الى بقاء الحجر عليها وان بلغت رشيدة ولا يفرق في ذلك بين النكاح وغيره لأن الزوجة تجعل البضع في مقابلة الصداق فهو تصرف مالي من طرفها اذ البضع ملحق بالأشياء المتقومة ولهذا لو أنكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح بل الولي لا يصح منه ذلك والحال في الزوج ظاهر لأنه يراد منه الصداق والنفقة لكن قال في نكاح الكتاب أن السفيه اذا كان به ضرورة الى النكاح وتعذر الحاكم والولي فانه يجوز أن يتزوج واحدة لا أزيد بمهر المثل وفي (نكاح التذكرة) أنه لو نكح السفيه بغير اذن الولي مع حاجته اليه وطلبه من الولي فلم يزوجه قال الشيخ رحمه الله تعالى الاقوى الصحة لأن الحق تعين له فاذا تعذر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كمن له حق عند غيره فمنعه وتعذر عليه أن يصل اليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون وحكى عن أحد وجهي بعض الشافعية أن النكاح يبطل ولا حد ولا مهر وعن بعض أن لها مهر المثل وعن بعض ان لها اقل ما يتمول رعاية لحق السفيه ووفاء لحق العقد اذبه يتميز عن السفاح ولم يرجح شيئا ولعل الاقوى ما قاله الشيخ قدس سره وتمام الكلام في البيع والاقرار يأتي عند تعرض المصنف لذلك وقد اسبغنا الكلام في نفوذ وصيته في باب الوصايا وقلنا أن الاقوى عدم النفوذ وهل يتوقف على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه اختلف الاصحاب في المسئلة على أقوال ولا بد من تحرير محل النزاع لانه قد اشتبه على بعض الاخباريين فتكلم على الفضلاء والمحققين بما لا يليق ومحل النزاع انما هو ما اذا حدث السفه بعد بلوغه رشيدا والا فلو كان متصلا بالصغر فانه يحكم بالحجر عليه بمجرد السفه ولا يتوقف على حكم الحاكم وكذا حجر الصبي يزول عنه ببلوغه رشيدا ولا يحتاج الى حكم الحاكم وما الصبي الا كالمجنون فانه يحجر عليه بجنونه ويزول عنه بمجرد الافاقة وقد استظهر نفي النزاع في المقامين في موضعين من مجمع البرهان واستظهر الاجماع على ذلك من الشهيد في أحد المقامين وظاهر التذكرة ان زوال الحجر عنه ببلوغه رشيدا من دون حكم الحاكم ضروري قال لأنه لو توقف على ذلك لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عنهم من الحاكم ولكان عندهم من اهم الاشياء وفي (المبسوط والتحرير) جعل النزاع في غير الصبي قال في (المبسوط) واما حجر الصبي فانه يزول ببلوغه ولا يحتاج الى حكم حاكم وفي الناس من قال لابد فيه من حكم الحاكم وهو خلاف الاجماع انتهى وقال في (التذكرة) اذا بلغ الصبي لم يدفع اليه ماله الا بعد العلم برشده ويستديم التصرف في ماله من كان متصرفا فيه قبل بلوغه ابا كان أو جدا أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم فان علم رشده انفك الحجر ودفع المال وهل يكفي العلم بالبلوغ والرشد في فك الحجر ام يفتقر الى حكم الحاكم الاقرب الاول فلم يسأل عن الاول لانه محل وفاق عند الامة وسئل عن الثاني لمكان الخلاف الضعيف من بعض الشافعية كما تقدم منا التنبيه على ذلك نعم يظهر من نكاح التذكرة ان النزاع عام فليلحظ (اذا تمهد هذا) فاعلم ان ما اختاره المصنف هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة ومجمع البرهان وكذا شرح الارشاد لفخر الاسلام وكأنه ظاهر الغنية وكأنه مال اليه في غاية المراد وحكى المقدس الاردبيلي عن المحقق الثاني انه المشهور (قلت) فقد صرح بذلك في تعليق الارشاد قال المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم فيقوى حينئذ توقف ازالته عليه انتهى وهذا القول ذكره في المبسوط ولم يشر الى خلاف منا ولا من العامة والحاصل ان الاقوال الاخر حادثة وبعضها لا يعرف

قائله والذي جرى المتأخرين على المخالفة ضعف ما ذكر في دليله كقولهم ان المسئلة اجتهادية لوقوع الاختلاف في بعض ما يعد فعله سفها لان هذا جوابه أن الكلام انما هو حيث تقطع بالامرين وقولهم لمخالفة قول كل منهما الاصل فيقتصر على المتيقن لانه يجاب عن هذا ايضا بان الاصل يقطعه الدليل وهو ظاهر قوله تبارك وتعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم حيث علق الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على امر آخر لم يكن الشرط صحيحا ومفهوم الشرط حجة والمفهوم هنا أن مع عدم الايناس لا يدفع اليهم فدل على ان وجود السفه وزواله كافيان في اثبات الحجر ورفعه لان السفه والرشد متقابلان ولظاهر قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها اثبت عليه الولاية بمجرد السفه من غير اشعار بذكر حاكم ولا ابتداء حال لان معناه على ما ذكره المفسرون من العامة والخاصة سفيها محجورا عليه لتبذيره وجهله في التصرف أو ضعيفا أي صبيا أو شيخا مختلا اولا يستطيع أن يمل هو بنفسه لخرس أو جهل باللغة فليملل وليه الذي يلي أمره فتوقفها على أمر خارج محتاج الى دليل وأنت خبير بان مورد الآية الاولى انما هو الحجر على الصبي ابتداء وأيناس الرشد شرط في زوال الحجر عن الصبي أبتداء وهو غير محل النزاع فلا يلزم كونه شرطا في السفه بعد زوال الحجر عنه (وأما) الآية فقد قيل أن المراد بالسفيه فيها الجاهل بالأملاء وقيل الطفل وقيل الاحمق قال في (مجمع البرهان) (البيان خ ل) ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم ولهذا قال في الكشاف المحجور عليه فمع هذه الاقوال لا تنهض دليلا وما الاستدلال بهذه الآية الشريفة الا كالاستدلال بأن العلة السفه لان تعليق الحكم على المشتق يفيد العلية لمكان تبادرها ووجود العلة يستلزم وجود المعلول وبأنه أن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطا وهو باطل بالآية وان لم يجز فالمطلوب وبأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضي بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط ويدفع ذلك كله ان مبدأ الخلاف لم يعرف صريحا الا من الشهيد في اللمعة في الثبوت والا فقد وافق على توقف الزوال على حكم الحاكم وهي آخر ما ضعف مضافا الى دعوى المحقق الثاني ان هذا القول هو المشهور وهذان يعضدان الاصل وادلة تسلط الناس على أموالهم عقلا ونقلا وأدلة صحة التصرفات الشاملة لتصرفاته التي فعلها في زمن سفهه قبل التحجير وصدقها عليها وأنه لو كان مجرد السفه حجرا لعمت البلوى والبلية اذ اكثر الناس سفهاء كما قدمنا بيانه وخصوصا اذا اعتبرنا العدالة في الرشد وخصوصا ما اذا اعتبرنا ما اعتبره جماعة من اصلاح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم وفي بعض هذا بلاغ وليس لكم دليل من كتاب وسنة دال صريحا الا على استصحاب السفه الى أن يرشد واما الحادث بعده فلا وكيف يوجد دليل على ما قضت الضرورة بخلافه والا لم تكن الشريعة سهلة سمحاء (والحاصل) انه لا جواب ولا مناص عما أورده المقدس الاردبيلي آنفا الا بهذا القول فلا مناص عنه ولو تنبه المتأخرون المخالفون أو المترددون لهذا الخطب العظيم ماعدلوا عن هذا القول ولا تأملوا فيه على انا نجيب عما ذكر من الادلة اذ مرجع الشرطية والعلية الى ان منصوص العلة حجة واقصاه الظهور والظاهر يعدل عنه لهذه الادلة (وعساك تقول) أن عبارات الاصحاب في اكثر الابواب كالبيع والاجارة والوقف والوصية والهبة وغيرها مشحونة باشتراط الرشد كاشتراط البلوغ والعقل ويبعد حملها على ان السفه مانع مع حكم الحاكم أو السفه والرشد أبتداء لانهم يطلقون ويفرعون عليه الفروع الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك (قلت) هذه مسئلة اصولية وهو أن مثل هذه الاطلاقات التي ليست مسوقة لبيان الحكم

فان اشترى بعد الحجر فهو باطل ويسترد البائع سلعته ان وجدها والا فهي ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره (متن)

لا يصح الاستدلال بها كما هو الشأن في اطلاقات الرهن مع عدم التعرض فيها للقبض مع أنه شرط فيه على المعروف عند أكثرهم (والحاصل) أن هذا حكم مخالف للعقل والنقل كتابا وسنة واجماعا فيقتصر فيه على محل اليقين والوفاق وهو في الابتداء وتسليم المال أو حكم الحاكم ولا يخرج عن ذلك الا بأدلة قاهرة وبما ذكرنا ظهرت أدلة القول الثاني وهو ثبوته بظهور السفه وانتفاؤه بانتفائه حيث يقطع بالامرين وهو خيرة جامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمفاتيح والرياض بلفظ الاصح في الاول والاقوى في الروضة والمسالك والاقرب في الكفاية وغيرها ومفهوم ذلك أن الاول صحيح وقوي وقريب فلم يقدموا على المخالفة كما ترى وفي (تعليق الارشاد) أنه قوي والقول الثالث ما اختاره في اللمعة من ثبوته بمجرد السفه وتوقف زواله على حكم الحاكم ووجهه يعرف مما مر من أن المقتضي للحجر هو السفه في الاول فيجب تحققه بتحققه ولان زوال السفه يفتقر الى الاجتهاد وقيام الامارات لانه أمر خفي فيناط بنظر الحاكم في الثاني (وفيه) اما اذا قطعنا بزواله زال الحجر وقد يعسر اعلام الحاكم فيلزم الضرر بالمنع من تصرفه في ماله مع عدم السفه فتأمل والقول الرابع هو ما اعترف جماعة بعدم معرفة قائله وهو توقف ثبوته على حكم الحاكم وزواله بزوال السفه وقال في (جامع المقاصد) انه يظهر من كلام الشهيد في غاية المراد ولم يكن هذا الظهور من الكتاب المذكور بمكانة منه ووجهه ان حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر اذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج الى علة وان علة البقاء علة الحدوث ولعله أظهر مما في اللمعة ومنه يعرف حال ما في الارشاد كما ستسمع وجزم في التحرير بتوقفه على حكم الحاكم وتوقف في زواله وعكس في الارشاد فتوقف في ثبوته على حكم الحاكم وجزم في زواله من دونه ولم يرجح فخر الاسلام في الايضاح والشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال فيمن يتولى ماله فيما تقدم بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اشترى بعد الحجر فهو باطل ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا وهو وان لم يصرح به في المبسوط لكنه قضية كلامه في فروع المسئلة وفي (مجمع البرهان) لاشك في بطلان البيع عالما كان أو جاهلا قال بل يمكن تحريم أصل المعاملة ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه (قلت) من صحح الفضولي بالاجازة صححه باجازة الولي فالبطلان ليس على حقيقته وليس بأسوأ من بيع الغاصب فتأمل ويأتي كلام الشيخ وابن البراج حيث منعا من جواز بيع السفيه باذن الولي ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يسترد البائع سلعته ان وجدها ﴾ هذا مما اتفقت عليه عبارات من تعرض له ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا فهي ضائعة ان قبضها باذنه عالما كان البائع أو جاهلا وان فك حجره ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الشرائع والارشاد لانهما لم يصرح فيهما بالجاهل لكن اطلاقهما يشمله وفي (الكفاية) انه أشهر ووجهه أن تسليطه للغير على اتلاف ماله قبل اختبار حاله وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أو لا تضييع لماله ولا فرق بين بقاء حجره وفكه لعدم اللزوم في وقت الاتلاف فلا يلزم بعد الفك فقول المصنف وغيره وان فك حجره وصلي وحكى في التذكرة بعد ذلك عن بعض الشافعية انه اذا أتلفه بنفسه ضمن بعد رفع الحجر عنه وقال لا بأس به وخص في اللمعة ضياعها وعدم

وكذا لو اقترض وأتلف المال لو أذن له صح ان عين والا فلغو وكذا لو باع فأجاز الولي ولو اتلف ما اودع قبل الحجر أو غصب بعده أو اتلف مال غيره مطلقا ضمن (متن)

ضمانها بالعامل العالم ونص في الروضة على انه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا لعدم تقصيره وتأمل في مجمع البرهان مع الجهل خصوصا اذا لم يكن مقصرا في التفحص ثم تأمل في صورة العلم أيضا لانه صار سفيها أيضا ثم استظهر عدم الضمان ثم قال الذي يختلج في صدري ضمانه مع علمه أي السفيه بعدم صحة هذا العقد وعدم صحة التسلط الا أن يكون المسلم اليه عالما وقبضه اياه فتأمل (قلت) هو جيد كما ستسمع وقضية كلام الكتاب والشرائع انه ان كان قبضه بغير اذن المالك رجع به كما هو صريح المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك واستحسنه في الروضة لانه يلحق بغيره من القبض عدوانا وقد جعله في الروضة قولا ثالثا مقابلا للقولين الاولين وليس كذلك بل لم يخالف فيه أحد منا ولا من العامة وفي (مجمع البرهان) ان الظاهر عدم الضمان سواء كان قبضه اياه أو قبضه بنفسه لانه بالعقد المملك والمسلط على تملكه ضيعه المالك هو بنفسه (وفيه) انه لا تفريط من المالك وانما صدر منه مجرد العقد الفاسد الذي لا يترتب عليه حكم هنا والصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو اقترض وأتلف المال ﴾ كما نص عليه في المبسوط وغيره لان الاقراض تسليط على الاتلاف وكذا كل ما يتضمن التسليط على الاتلاف وحكم الصبي والمجنون حكم السفيه في وجوب الضمان عليهما اذا أتلفا مال غيرهما بغير اذنه أو غصباه فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أذن له صح ان عين والا فلغو ﴾ أي اذا أذن له الولي في التصرف صح ان عين نوعا منه وقدر العوض كأن قال له بع الشيء الفلاني بكذا أو انكح فلانة بكذا أما صحة اذنه في النكاح فمما لا خلاف فيها كما يظهر من نكاح التذكرة ولعله كذلك لان الشيخ والقاضي موافقان فيه وأما في البيع فهو خيرة الشرائع وحجر التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلامه في التحرير والارشاد لانه صحح فيهما اجازته لما باعه وكذا مجمع البرهان والوجه في ذلك ان المانع ليس الا خوف المحذور من اتلاف المال وهو مندفع بالتعيين ومعلوم أن اعتبار اذن الولي مشروط بالمصلحة كتصرفه بل أولى والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي وحكاه في المسالك عن جماعة ولم نجد غيرهذين وكأنه في نكاح التذكرة مال اليه ووجهه أن البيع يختلف حكمه ساعة فساعة لان السوق قد يزيد وقد ينقص بدخول الجلب وانقطاعه فافتقر الى عقد الولي لاحتياطه في ذلك بخلاف النكاح ولا المقصود من البيع المال وهو محجور عليه وليس المقصود من النكاح المال فافترقا وهو كما ترى وأما انه اذا أطلق كان لغوا لانه لو صح فات الغرض من الحجر عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو باع فأجاز الولي ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لما عرفت من انه بالغ عاقل وخوف الاتلاف منتف هنا كما أن محذور اختلاف السوق أيضا منتف ولعله لهذا ترك التصريح بالاذن في التحرير والارشاد وصرح بالاجازة فيهما فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أتلف ما أودع قبل الحجر أو غصب بعده أو أتلف مال غيره مطلقا ضمن ﴾ مفهوم قوله قبل الحجر ان ما أودعه بعد الحجر لا يضمنه بالاتلاف وهو الذي فهمه منه في المسالك فهنا حكمان (الاول) انه لو أتلف السفيه بعد الحجر ما أودعه قبل الحجر ضمن اذ لا تسليط على الاتلاف هنا من

المالك ولا تعريض للاتلاف لكونه حينئذ غير محجور عليه فيضمن لان اتلاف مال الغير سبب في الضمان وكأنه مما لاخلاف فيه كما هو قضية كلامهم فيما ستسمع (الثاني) اذا أتلف ماأودعه بعد الحجر لايضمنه كما هو خيرة الشرائع والارشاد لان المودع فرط باعطائه وقد نهى الله سبحانه عن ذلك بقوله جل شأنه (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر واختير في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان انه يضمن لان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما أمره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار المالك كما لو غصب والحال ان السفيه بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير ومن الامور المستبعدة تضمينه بالغصب وعدم تضمينه بالاتلاف للوديعة مع كونه أبلغ وأفحش مع ان وضع يده حال الاتلاف غصب وتسليم مالكه اياه لا يستلزم عدم الضمان لان له أهلية الحفظ والضمان لانه مكلف الا أنه تسامح في ماله وذلك غير قادح في أهليته فلا يستلزم كون المالك هو المضيع ولهذا يجوز توكيله ولم يرجح الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والشهيد في اللمعة (قلت) قد يستشهد للقول الاول بالخبر ومضمونه ان اسماعيل ابن مولانا الصادق عليه السلام أراد أن يستبضع رجلا فنهاه أبوه عليه السلام عن ذلك لان ذلك الرجل كان يشرب الخمر فخالف واستبعضه فاستهلك ماله فحج أبو عبد الله عليه السلام وحج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجرلي واخلف علي فلحقه أبو عبد الله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه فقال له مه يابني فلا والله مالك على الله حجة ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته الى أن قال فان الله عز وجل في كتابه قال (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) فأي سفيه أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لايزوج ولا يؤتمن على أمانه فمن ائتمنه على أمانته فاستهلكها لم يكن للذي ائتمنه على الله عز وجل أن يؤجره فان مضمونه يعطي انه غير مستحق لشيء بالكلية عقوبة ومؤاخذة له حيث خالف الله سبحانه وتعالى ولو كان المال مضمونا والحق ثابتا في ذمة السفيه كسائر الحقوق والديون لم يكن للمنع من الدعاء بالاجر والخلف وجه لانه له أن يتوصل الى حقه بكل وجه من الوجوه ومنها الدعاء مع عدم الحيلة في الوصول بغيره من الامور (والحاصل) انه لو كان حقا شرعيا في ذمة من دفعه اليه لاستحق العوض من الله سبحانه اوكان له ان يدعو عقلا ونقلا كسائر الحقوق التي تفوت على اصحابها فتأمل (وقولكم) من الامور المستبعدة الى آخره (فيه) ان الفرق واضح لانه في الوديعة سلمه المالك وسلطه عليه مع علمه بحاله ولا كذلك الحال في الغصب وقد صرح كثير بأن العارية كالايداع وزيد في اللمعة الاجارة واما ضمان ماغصبه بعد الحجر فكأنه مما لاخلاف فيه ومراده بالاطلاق في قوله اواتلف مال غيره مطلقا ضمن ماكان قبل الحجر او بعده سواء جعل باختيار صاحبه في يده او بدون اختياره وهذا يقضي انه لو أتلف الوديعة بعد الحجر يضمن فيبقى المفهوم في قوله قبل الحجر مقصورا على ما اذا فرط في الحفظ فتكون فتوى الكتاب انه يضمن بالاتلاف لا بالتفريط ولا يكاد يفرق بين الاتلاف والتفريط فانه اتلاف ولا يكاد يتم للاطلاق وجه يلتئم به مع اول كلامه ويبقى الكلام في المجنون والصبي ففي (التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك) وغيرها انهما كالسفيه يجب عليهما الضمان اذا أتلفا مال غيرهما بغير اذنه أو غصباه فتلف في ايديهما وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في ايديهما باختيار صاحبه كالبيع والقرض وقد نبه على ذلك في المبسوط ونبه عليه في باب البيع من نهاية الاحكام والتذكرة ايضا انه مما لاخلاف بين المسلمين حيث لم يحك فيه عن العامة خلافا وانما حكاه في ايداعهما وعاريتهما لكن هذا يخالف تعريفهم الحكم بأنه خطاب الله

ولو اقر بدين لم ينفذ اقراره سواء اسنده الى ما قبل الحجر او لا وكذا لو اقر بأتلاف مال أو بجناية توجب مالا ويصح طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وخلعه ولا يسلم مال الخلع اليه واقراره بالنسب وينفق على من استلحقه من بيت المال (متن)

المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء والتخيير والوضع فليتأمل واما الوديعة والعارية اذا دفعهما صاحبهما اليهما باختياره فتلفتا بتفريطهما او اتلفاهما فالاقرب انه لاضمان عليهما وفي (التذكرة والتحرير) ان تلفتا فلا ضمان عليهما وان اتلفاهما فالاقرب انه كذلك ولم يفرق في تلفهما بين التفريط وعدمه والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف وفي (جامع المقاصد) ان ضمان الصبي المميز اذا باشر الاتلاف قوي وكذا اذا فرط لان التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف اما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات وفرق في المسالك بين التلف والاتلاف وان الاجود الضمان في الثاني دون الاول وعلل عدم الضمان في الاول بأن الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون ووجوب الضمان في الثاني بأن اتلاف مال الغير مع عدم الاذن فيه سبب في الضمان والاسباب من باب خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف (قلت) لكن لا ينافيه التعريف كما عرفت ولم نقف على دليل يدل عليه الا قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو خاص بالمكلف بل الاحتمال كاف وتمام الكلام في الوديعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو اقر بدين لم ينفذ اقراره سواء اسنده الى ماقبل الحجر أولا وكذا لو أقر باتلاف مال أو بجناية توجب مالا ﴾ لانا لو قبلنا اقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ اقراره كاقرار الراهن في الرهن وهل يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه الوجه لا لان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما يثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يفد الا تأخر الضرر عليه الى أكمل حالتيه بخلاف المحجور عليه لفلس فان المانع تعلق حق الغرماء به فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا انتفى الحكم لانتفاء سببه اذ لا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكلية وهذا حكم تكليفنا في الظاهر اما حكمه فيما بينه وبين الله عز وجل فان علم لزوم ذلك له قبل الحجر عليه وجب عليه أداؤه بعد فك الحجر عنه كما لو لم يقر به لكنه لا يجب عليه الاداء فيما أتلفه بعد الحجر بدفع صاحب المال اليه وتسليطه عليه بالبيع وشبهه ولو ادعى عليه شخص بدين لزمه قبل الحجر فأقام بينة قضى بها وان لم يكن بينة فان قلنا ان النكول ورد اليمين كالبينة سمعت وان قلنا كالاقرار لم تسمع اذ أقصاه أن يقر واقراره غير معقول ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح طلاقه ولعانه وظهاره ورجعته وخلعه ولا يسلم مال الخلع اليه﴾ اما صحة طلاقه فعليه عامة أهل العلم كما في (التذكرة) وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى لان البضع ليس بمال ولا جار مجراه لانه لا ينتقل الى الورثة ولا يمنع المريض من ازالة الملك عنه ولا يطلق الولي عنه أصلا بل يطلق هو بنفسه ويصح لعانه وظهاره ويكفر بالصوم وتصح منه الرجعة لانها ليست ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق لان هذه لا تعلق لها بالمال ويصح منه الخلع لانه اذا صح منه الطلاق مجانا فبالاولى أن يصح الخلع ولا يدفع اليه مال الخلع وان دفع اليه وأتلفه لم تبرء المرأة وهو من ضمانها ولا يشترط أن يخالع على مهر المثل أو أزيد ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأقراره بالنسب وينفق على من استلحقه من بيت المال ﴾ أي لو أقر بنسب صحيح قبل ويثبت

وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال ولو وكله غيره في بيع او هبة جاز لبقاء اهلية التصرف وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فأن تبرم بها أبدلت وهو في العبادات كالرشيد الا انه لا يفرق الزكاة بنفسه وينعقد احرامه في الواجب مطلقا (متن)

النسب لانتفاء المانع وهو مصادفة الاقرار المال اذ لو وجب الانفاق على المقر به أنفق عليه من بيت المال وفي (حواشي الشهيد) ان اقرار الزوج بالزوجة يوجب نفقتها لانها معاوضة (قلت) ظاهر التذكرة انه مما لا ريب فيه عند العامة وقال الشهيد لو قيل من ماله مطلقا كان حسنا لانه قد ثبت نسبه شرعا ولاستلزامه الاضرار بجميع المسلمين بواسطة قول واحد (فان قلت) المنع من الانفاق في ماله نظرا الى صيانته (قلت) صيانة مال جميع المسلمين أولى قلت قد حكي ذلك في التذكرة عن بعض العامة وأجاب في (جامع المقاصد) عن قول الشهيد بأنه أي النسب انما ثبت بالنسبة الى ما عدا المال وبيت مال المسلمين لمصالح المسلمين وهذا منهم فلا يتصور أن يقال وجوب النفقه اضرار بالمسلمين والا لقيل في كل فرد منهم مثل هذا انتهى (قلت) قد لا يرد هذا على الشهيد لانه أراد الاضرار بمال جميع المسلمين بقول واحد كأن سرق ولده الصغير الحر وبيع فعرفه وأقر به وصدقه المولى فانه كان واجب النفقة على مولاه والا آن صار واجب النفقة على جميع المسلمين بقول واحد فدار الامر بين أن لا يقبل اقراره أصلا أو يقبل في النسب لا في النفقة لانهما غير معلومي التلازم أو يقبل فيهما والنفقة في ماله لان ذلك حصل بالتبع لانه لما ثبت النسب جاءت أحكامه فلا يتجه حينئذ قوله فلا يتصور الى آخره فتأمل جيدا والقول بالانفاق عليه من بيت المال للشيخ في المبسوط ووافقه المصنف في التذكرة والكتاب وظاهر التحرير التأمل في ذلك ﴿قوله﴾ ﴿وبما يوجب القصاص ولو صولح فيه على مال فالاقرب ثبوت المال﴾ اذا أقر السفيه بما يوجب القصاص قبل منه لانه مكلف عاقل ويحكم عليه به في الحال ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم كما في التذكرة فلو عفى المقر له على مال لم يثبت عندنا لان موجب العمد القصاص فاذا صولح على مال كان له خلاص نفسه بالمال لان حفظ النفس أولى فجاز له الصلح ويحتمل العدم لانه يرجع على الاصل بالابطال لان أصل الحجر على السفيه لحفظ ماله ويمكن أن يتواطأ مع المقر له على الاقرار ثم الصلح توصلا الى الغرض الفاسد وجوابه كما في جامع المقاصد اندفاع ذلك بقرائن الاحوال فان المقدم على الاستيفاء لا يكاد يخفى ولا يلتبس بمن يحاول المال فيصح الصلح (قلت) اذا كان عالما بالحكم يمكن أن يخفى الحال فيه قال الشهيد ولك أن تمنع أصل صحة هذا الاقرار لان فتح هذا الباب ينافي الحجر ﴿قوله﴾ ﴿ولو وكله غيره في بيع أو هبة جاز لبقاء أهلية التصرف﴾ عندنا لان عبارته معتبرة لم يسلب الشارع حكمها عنه فيصح عقده كما في التذكرة ﴿قوله﴾ ﴿وللولي أن يشتري له جارية ينكحها مع المصلحة فان تبرم بها أبدلت﴾ الوجه في ذلك واضح بل قد يجب عليه ذلك ﴿قوله﴾ ﴿وهو في العبادات كالرشيد﴾ كأنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقل فيه خلاف في المبسوط والتذكرة ولا فرق بين البدنية والمالية ﴿قوله﴾ ﴿الا أنه لا يفرق الزكوة بنفسه وينعقد احرامه في الواجب مطلقا﴾ اما الاول فلانه تصرف مالي ممنوع منه على الاستقلال وأما الثاني فلو أحرم بحجة الاسلام أو عمرته فانه انما يؤدي واجبا تجب المبادرة اليه فيصح احرامه

وفي التطوع ان استوت نفقته سفرا وحضرا أو امكنه تكسب الزائد والا حلله الولي بالصوم دون الهدي (متن)

بغير اذن الولي وليس له الاعتراض عليه سواء زادت نفقة السفر أولا وهـذا المراد بالاطلاق وينفق عليه الولي أو يبعث معه حافظا يحفظ ماله وينفق عليه ولو بأجرة وكذا لو أحرم بحج أو عمرة واجبتين بنذر أو شبهه كان قد أوجب ذلك قبل الحجر عليه ولو نذر الحج بعد الحجر عليه فالاقوى انعقاده لكن لا يمكن منه ان زادت نفقته في السفر ولم يكن كسب يفي بها بل اذا رفع الحجر عنه حج ولو نذر التصدق بعين ماله لم ينعقد ولو نذر في الذمة انعقد ولو نذر عبادة بدنية لزمته كما في التحرير ويأتي تمام الكلام في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي التطوع ان استوت نفقتـه سفرا وحضرا أو أمكنه تكسب الزائد ﴾ هذا مما لا أجد فيه مخالفا ولا مستشكلا قبل المقـدس الاردبيلي وقد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح بل قد يظهر من المبسوط والتذكرة أن لا خلاف فيه بين المسلمين حيث لم ينقلا فيهما خلافا عن أحد من الخاصة والعامة لانتفاء الضرر مع تساوي السفر والحضر في النفقة والتفاوت مع الاكتساب واستظهر المقـدس الاردبيلي عـدم منعه من المنـدوب وان استلزم صرف المـال زائدا على الحضر (قلت) لو لم يمنع من الصدقات والنذور (والنفقة خ ل) المتعلقة بالاموال وفعل كبناء المساجـد والقناطر لامكن أن يجعـل ذلك وسيلة الى ذهاب المـال فيعود على الحكم بالابطال وقد تكلم بعض الناس في المقام بكلام هو أهون من أن نرده وأورد في (جامع المقاصد) بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به (وأجاب) بأنه قبـل الاكتساب لم يكن مالا و بعده صار محتاجا الى زيادة النفقة وأيضا فان الاكتساب غـير واجب على السفيه وليس للولي قهره عليه فلا يلزم من صرف مايحصل به اتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به (وقد يقال) على الجواب الاول انه انما يتم لولم يمكنه العود أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا لم ينفعه احتياجه الى النفقة وعلى الثاني انه وان لم يجب على الاكتساب الا انه اذا اكتسب باختياره تحقق المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لايحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج أو قبله ولم يمكن العود الا بصرفه زال الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا حلله الولي بالصوم دون الهدي ﴾ كما في المبسوط والتحرير وفي (الشرائع والارشاد) وغيرها حلله الولي وقضية كلامهم ان احرامه ينعقد (وقد يقال) انه كيف ينعقد مع الاخلال بالشرائط للنهي عنه حينئذ المقتضي للفساد في العبادة الا أن تقول النهي هنا عن أمر خارج وهو اتلاف المال الزائد فليس هناك نهي عن ذات العبادة ولا عن شرطها لان المندوب لايشترط فيه المـال فينعقد فطريق استدراكه أي الزائد تحليل الولي له بالصوم لانه حينئذ كالمحصور حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال هذا ان جعلنا الدم الاحصار بدلا والا بقي على احرامه الى زمان الفك وظاهر المبسوط والكتاب تعيين التحليل بالصوم وهو الذي يقتضيه الحجر لحفظ المـال وظاهر التحرير والتذكرة وكذا الشرائع والارشاد أن له كلا من الامرين هذا والصوم الذي يحلله الولي به على القول بالبدل عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان وكونه في الحج وروى الشهيد ثمانية عشر يوما قال لم أقف على كون التحليل بالصوم الا من طرق العامة نعم روى معاوية ابن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في المحصر ان لم يجد هديا قال يصوم وفي كتاب المشيخة

وينعقد يمينه فان حنث كفر بالصوم وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والارش والولاية في ماله للحاكم خاصة ولو فك حجره ثم عاد التبذير اعيد الحجر وهكذا ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه عدى الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى (متن)

لابن محبوب روى صالح ابن عامر ابن عبد الله ابن خزاعة عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل خرج معتمرا واعتل في بعض الطريق وهو محرم قال ينحر بدنة ويحلق رأسه ويرجع الى رحله فلا يقرب النساء فان لم يقدر صام ثمانية عشر يوما وقد استقرب بعضهم في باب الحج أن ليس لدم الاحصار بدل (١) والمصنف في الكتاب استشكل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينعقد يمينه فان حنث كفر بالصوم ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وكذا الشرائع على تردد له فيه من أنه ممنوع من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن أن الكفارة تصير حينئذ واجبة عليه وهو مالك للمال فيخرج من المال كما تخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب والكفارة التي سبق وجوبها الحجر (وفيه) أن هذه تثبت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما هو حكم الله عز وجل وما نحن فيه سببه مستند الى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له الى اذهابه وقد ذكر الحكم في المبسوط والتذكرة من دون نقل تردد ولا خلاف وكيف كان فوجوب الكفارة مما لا خلاف فيه وفي (المسالك) انه قطعي وانما التأمل في أنه يكفر بالصوم أو المال هذا ويحتمل مع اذن الولي في اليمين مع المصلحة صرف المال فيها ومثل اليمين النذر والعهد ويكفر بالصوم لو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة قتل الخطأ أو الافطار في شهر رمضان وشبهه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله أن يعفو عن القصاص لا الدية والارش ﴾ صرح في المبسوط وغيره أن له العفو على مال لانه تحصيل للمال وليس تضييعا له لكنه لا يسلم اليه المال وفي (التذكرة والمسالك) ان عفى على غير مال صح عندنا لان الواجب في العمد القصاص ومن قال الواجب أحد الامرين لم يصح عفوه عنده على المال واما انه ليس له العفو عن الدية والارش فواضح وتمام الكلام في باب القصاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والولاية في ماله للحاكم خاصة ﴾ قد تقدم الكلام بما لا مزيد عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فك حجره ثم عاد التبذير اعيد الحجر وهكذا ﴾ لان الحجر كان لعلة فاذا عادت عاد الحكم واذا زالت زال قضاء للعلة وبذلك صرح في المبسوط وغيره ﴿ الفصل الثالث في المملوك ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ المملوك ممنوع من التصرف في نفسه وما في يده ببيع واجارة واستدانة وغير ذلك من جميع العقود الا بأذن مولاه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في المطلب الثاني من مطلبي الفصل الاول في الحيوان ولا فرق في المنع من تصرفه بدون اذنه بين أن نقول بملكه وعدمه لانه على ذلك التقدير محجور عليه والمراد بالمملوك ما يشمل المملوكة لعموم الادلة وجعله اجارة نفسه تصرفا فيها واضح وأما الاستدانة ونحوها من العقود الموجبة لجعل الشيء في ذمته فوجه الحاقه بالتصرف في نفسه أنه يجعل نفسه مديونا ففيه مناسبة للتصرف فيها بوجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ عدى الطلاق فان له ايقاعه وان كره المولى ﴾ هذا هو الاشهر اذا كانت

---

(١) الذي وجدناه في النسخ بدلا (مصححه)

والاقرب أنه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى وسواء ملكه مولاه على رأي ام لا ولا تصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاه استعيد فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداه والاضاع سواء كان المدين جاهلا بعبوديته أم لا (متن)

الزوجة غير امة المولى وقد خالف جماعة فنفوا خياره فيه أيضا لمكان صحاح كثيرة وأستثنى في التذكرة أيضا الضمان لانه تصرف في الذمة لا بالعين ورد بعموم الآية مع عدم وضوح شاهد على التخصيص ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب انه لا يملك شيئا سواء كان فاضل الضريبة أو ارش الجناية على الاقوى وسواء ملكه مولاه على رأي ام لا ﴾ قد تقدم مناقي المطلب المشار اليه آنفا نقل الشهرات والاجماعات والفتاوى على انه لا يملك مطلقا واستدللنا عليه بعد ذلك بالاصل والآيات الكريمة والسنة و بينا الحال في المواضع التي يظهر منهم انه يملك وأسبغنا الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح له الاستدانة فان استدان بدون اذن مولاه استعيد ﴾ اذا اقترض العبد أو اشترى في ذمته بغير اذن سيده لا يصح قرضه ولا شراؤه لاستحاله ان يثبت الملك له فانه ليس أهلا للتملك ولا يثبت للمولى لانه أن ملك بغير عوض فهو تجارة عن غير تراضي اذا المالك انما دفع العين ليسلم اليه العوض فاذا لم يكن هناك عوض يكون تسلطا على ملك الغير بغير اذنه وأن ملك السيد بعوض فاما في ذمته فهو باطل لان السيد ما رضي به أو في ذمة العبد فهو ايضا باطل لامتناع حصول الشيء لمن ليس عليه عوض بل على غيره فالبايع والمقرض يرجعان بالعين أن كانت موجودة سواء كانت في يد العبد أو يد السيد لبقاء ملك البايع والمقرض فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فهو في ذمته ان اعتق اداه والاضاع سواء كان المدين جاهلا بعبوديته أم لا ﴾ قال الشيخ في النهاية اذا لم يكن مأذونا في التجارة فكل ما يقع عليه من الدين لم يلزم مولاه من ذلك شيء ولا يستسعى أيضاً فيه بل كان ضايعا وقد حكى هذه العبارة في السرائر ما عدا قوله بل كان ضايعاً ونفى عنها الخلاف وقال بل يتبع به بعد العتق (ثم قال) وقال شيخنا في نهايته بل كان ضايعاً يريد به ما دام مملوكا ونحو ما في السرائر ما في الغنية والكافي وقال في (التذكرة) اذا استدان شيئا لم يلزم مولاه منه شيء بل يتبعه المدين بعد العتق فاذا اعتق رجع عليه بماله عليه ان كان ذا مال وان مات عبدا سقط الدين بلا خلاف ولا فرق بين أن يكون صاحب المال عالما بعبوديته أو جاهلا وقد طفحت عباراتهم كعبارة الشرائع والنافع وغيرهما بانه اذا استدان من دون اذن مولاه فتلف كان لازما لذمته يتبع به دون المولى ومرادهم انه يتبع به اذا اعتق كما صرح به في النافع وغيره نعم قال ابن حمزه يكون ضايعاً الا اذا ابقى المال في يده أو كان قد دفعه الى سيده (وحجتهم) على ذلك بعد الاجماع اصالة البراءة وانه فعل غير مأذون فيه واما صحيح ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت له رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال ان كان اذن له السيد ان يستدين فالدين على مولاه وأن لم يكن اذن له ان يستدين فلا شيء على المولى و يستسعى العبد في الدين وموثقة وهب ابن حفص سئل ابا جعفر عليه السلام عن مملوك يشتري و يبيع قد علم بذلك مولاه حتى صار عليه مثل ثمنه قال يستسعى فيما عليه فقد استدل بهما في الرياض على ما نحن فيه وليسا مما نحن فيه وانما محلهما كما فهم منهما الاصحاب فيما اذن له في التجارة دون الاستدانة وحصل عليه ديون وجعلوا هذه مسئلة اخرى كما ستسمع انشاء الله تعالى على أنهم في هذه ايضا لم يعولوا عليهما أي الخبرين اذ ظاهرهما انه

ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى ان استبقاه او باعه ولو اعتقه فالاقوى الزام المولى (متن)

يستسعى في حال الرق فيرجع الى ضمان المولى وجعل بعضهم كالمصنف في المختلف الوجه في ذلك ان المولى غار بالاذن في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي وقال بعضهم ان علم المولى باستدانته مع عدم منعه يرجع الى الاذن بالفحوى كما هو ظاهر الموثقة واما الصحيحة فتقيد بذلك جمعا بين الادلة ويفرق حينئذ بين الاذن الصريح والاذن بالفحوى بان الاول يقضي بالضمان على السيد مطلقا حتى مع عجز المملوك عن السعي والثاني يقضي باختصاص الضمان عليه في صورة قدرة العبد على السعي واما مع العجز فلا ضمان عليه لقوله عليه السلام في صحيحة ابي بصير الاخرى ليس على مولاه شي وليس لهم ان يبيعوه ولكن يستسعى وأن عجز عنه فليس على مولاه شيء ولا على العبد شيء و بعضهم حملها على ما اذا رضي السيد والا فيتبع به بعد العتق لقول الصادق عليه السلام في خبر روح أبن عبد الرحيم في رجل مملوك اتجره مولاه فاستهلك ما لا كثيرا قال ليس على مولاه شيء ولكنه على العبد وليس لهم ان يبيعوه ولكن يستسعي وأن حجر عليه مولاه فليس على مولاه شيء ولا على العبد وهي كصحيحة ابي بصير الثانية لكن في هذه حجر عليه وفي تلك عجز عنه لكن هذه الرواية قاصرة مصحفة المتن و بعضهم حمل الاستسعاء على ما بعد العتق ولكنه يلزم منه استسعاء الحر فيما عليه ولا يقولون به الا ان يقال أن ذلك اذا كان الدين حال الحرية لكن ذلك فرع ظهور كون الاستسعاء بعد العتق من الاخبار (وكيف كان) فهذه الاخبار قد أعرض عنها الاصحاب في خصوص الاستسعاء الا الشيخ في النهاية وأبن حمزه على تفصيل له عليل ستسمعه ان شاء الله تعالى وهذه التأويلات كما قد عرفت حالها لا يعول عليها في اثبات الاحكام الشرعية ﴿قوله﴾ ﴿ ولو اذن له مولاه في الاستدانة لزم المولى أن استبقاه أو باعه ولو أعتقه فالاقوى الزام المولى ﴾ اذا اذن المولى لعبده في الاستدانة فاستدان لسيده فالدين يلزم سيده قطعا كما في المختلف والمقتصر وقولا واحدا كما في ايضاح النافع والمسالك والروضة وبلا خلاف كما في غاية المراد ومجمع البرهان و بلا شك كما في المهذب البارع واما اذا استدان حينئذ لنفقته الواجبة على السيد فكذلك أي يلزم سيده اجماعا كما في ايضاح النافع و بلا خلاف كما في غاية المراد وقطعا كما في المقتصر و بلاشك كما في المهذب البارع واذا استدان لما سوى هذين من مصالح العبد فان استدان لذلك واستبقاه سيده أو باعه فالدين لازم للمولى بلا خلاف كما في ايضاح النافع وقولا واحدا كما في المهذب البارع وبالحكم المذكور نطقت كلماتهم وطفحت به عباراتهم وأما لو أعتقه وهو محل النزاع فالمشهور كما في التذكرة الزام المولى ايضا والاشهر فتوى كما في ايضاح النافع والاشهر رواية كما في الشرائع والنافع وهو المنقول كما في حواشي الشهيد وهو خيرة الشيخ في الاستبصار وابن حمزة وابن ادريس والمصنف في الارشاد وولده والشهيدين في اللمعتين والمسالك وابي العباس في المقتصر والمحقق الثاني والمقدس الاردبيلي والمحدث الخراساني وقد سمعت ما في الشرائع والنافع من انه أشهر الروايتين وتردد في التحرير واستشكل في التنقيح ولم يرجح في غاية المراد والمخالف الشيخ في النهاية والتقي والقاضي على ما حكي عنهما وابن زهرة في الغنية والمصنف في التذكرة فقالوا يتبع به العبد وقد نفي عنه البعد في المختلف (حجة المشهور) الاصل بمعنى الاستصحاب أعني استصحاب الحكم بالضمان على المولى الثابت في حال عدم العتق وصحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال قلت له الرجل يأذن

لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال اذا كان اذن له ان يستدين فالدين على مولاه وأن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى ويستسعى العبد في الدين (وجه الدلالة) ان ترك الاستفصال يشمل صورة العتق والبيع والاستبقاء وقد اعتضد هذا الخبر مع صحته بالاصل والشهرة في العمل في خصوص المسئلة والشهرة في الرواية لان كان قد رواه الشيخان في الكافي والتهذيب ولا حاجة الى حمله على صورتي البيع والاستبقاء جمعا بينه وبين الاخبار الأخر لانها مع مخالفتها للقواعد وامكان حملها على صورة عدم الاذن في الاستدانة لا تكافؤه بحسب السند والاعتضاد (فمنها) خبر ظريف(١) ابن ناصح الا كفاني قال كان أذن لغلام له في الشراء والبيع وافلس ولزمه دين فاخذ بذلك الدين الذي عليه وليس يساوي ثمنه فقال ان بعته لزمك الدين وان اعتقته لم يلزمك الدين فعتقه ولم يلزمه شيء وقد روى مثله الشيخ بسند آخر عن ظريف بأدنى تفاوت وهما وان اختصا بصورة البيع الا أن ثبوت الحكم فيها يستلزم ثبوته بصورة الاستبقاء بالاولوية فتأمل وأنت خبير بانهما محملان عند المشهور على ما اذا كانت الاستدانة بغير اذن المولى فان الاذن في التجارة فيهما أي الخبرين لا يستلزم الاذن في الاستدانة ثم ان ما تضمناه من لزوم الدين على العبد مع الاذن مخالف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو بمنزلة الوكيل على اختلاف الرأيين وانفاقه على نفسه وتجارته باذن المولى انفاق لمال المولى كما لو لم يعتق (فان قلت) أن قضية ما ذكرت من حمل الخبرين على عدم الاذن ان لا يلزم الدين المولى فيما اذا باع (قلت) لعل الوجه في تضمين المولى للدين في صورة البيع هو حيلولته بين أصحاب الدين وبين العبد بالبيع لا من حيث أن المال لازم من جهة الاذن في التجارة وان كان لم يأذن في الاستدانة ثم انه في السرائر قال ان ظريفا الا كفاني مجهول خامل الذكر وعندنا انه ظريف ابن ناصح الثقة بنص (جش وصه) وأما قول أمير المؤمنين عليه السلام في خبر شريح في عبد بيع وعليه دين قال دينه على من اذن له في التجارة وأكل ثمنه فأنه قابل للحمل على صورة الاذن في التجارة والاستدانة ولا منافاة وعلى صورة عدم الاذن في الاستدانة واما موثقة وهب ابن حفص وخبر روح ابن عبد العظيم الدالان على عدم ثبوت الدين على المولى محمولان ايضا على الاستدانة بغير اذن المولى ومما ذكر يعرف الحال فيما استدل به الشيخ في النهاية ومن وافقه وهو الخبر الذي رواه في التهذيب في باب العتق بطريق فيه ضعف وجهالة (قال) حدثني عجلان عن أبي عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق عبدا له وعليه دين قال دينه عليه لم يزده في العتق الاخيرا فانه يحمل على ضعفه على ما اذا لم يقع الدين باذن المولى على أن صحيح النظر يقضي بأن الضمير المجرور بعلى راجع الى المولى بقرينة قوله عليه السلام لم يزده العتق الاخيرا اذ معناه على الظاهر أن العتق لا يقضي بأن الدين على العبد والا لم يكن زاده خيرا (وعساك تقول) ان خبر أبي بصير الذي جعلته أصلا في المقام ونزلت عليه أخبار الباب قد اشتمل عجزه على مالا تقولون به (قلت) اشتماله على ذلك لا يخرجه عن الحجية والا لوجب العمل بجميع روايات الراوي الواحد كما قرر في محله ونحن انما عملنا به في موضع لم يعرض الاصحاب عنه على أنك قد سمعت آنفا ماذكرناه في تأويله على انه مؤيد بموثقة زراره وستسمعها فقد اتضح الحال في المسئلة وأخبار الباب ولم يبق في هذه أشكال ولا في تلك في خصوص المسئلة اضطراب ولا تصغ الى ما في المختلف وغيره وعد الى عبارة الكتاب فانه قد قال المحقق الثاني ان نظمها

---

(١) الموجود في نسخة طريف بالطاء المهملة هنا وفي جميع ما يأتي (محسن)

ويتشارك غرماؤه وغرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة ولو أذن له في التجارة لم يجز له التعدي فيما حده وينصرف الاذن في الابتياع الى النقد (متن)

غير حسن لان ظاهر اشتراط استبقائه أو بيعه في لزوم الدين المولى يقتضي النفي عما عداهما مع أن مختاره مع العتق اللزوم فلو قال وكذا لو أعتقه على الاقوى لكان أحسن ﴿قوله﴾ ﴿ويتشارك غرماؤه وغرماء المولى في التركة القاصرة على النسبة﴾ يريد أنه لو استدان باذن المولى ثم مات المولى وعليه دون قسمت تركته على دين المولى ودين العبد على النسبة لأنهما معا مستحقان في ذمة المولى ولا يقدم أحدهم على الآخر كما صرح بذلك في النهاية والسرائر وغيرها على أني لم أجد فيه خلافا وفي (مجمع البرهان) أنه ظاهر (قلت) وبه صرح الشيخ في النهاية ومن تأخر عنه ممن تعرض له وقد استدل عليه في التذكرة وغيرها بموثقة زراره قال سئلت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات وترك عليه دينا وترك عبدا له مال في التجارة وولدا وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حيوة سيده وفي تجارته وان الورثة وغرماء الميت اختصموا في ما في يد العبد من المال والمتاع ورقبة العبد فقال أرى أن ليس للورثة سبيل على رقبة العبد ولا على مافي يده من المال والمتاع الاأن يضمنوا دين الغرماء جميعا فيكون العبد ومافي يديه للورثة فان أبوا كان العبد ومافي يديه للغرماء يقوم العبد وما في يديه من المال ثم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة العبد ومافي يديه من أموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي ان كان الميت ترك شيأ وان فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رد على الورثة وأما ماروه الشيخ في باب العتق عن ابن محبوب عن علي ابن محمد بن يحيى عن الحسن بن علي عن أبي اسحق عن فيض عن اشعث عن الحسن عليه السلام في بعض النسخ وعن ابي الحسن عليه السلام في بعض آخر في الرجل يموت وعليه دين وقد اذن لعبده في التجارة وعلى العبد دين قال يبدأ بدين السيد فهو قاصر السند بالضعف وكثرة المجاهيل ويمكن تأويله بالبعيد بأن يراد بدين السيد ما يعم دين العبد والتقديم اضافي بالنسبة الى الارث والوصايا او يحمل على ما اذا اذن له في التجارة دون الاستدانة ويخص دين السيد بدين نفسه دون دين العبد ويحمل الامر بأداء دين العبد المفهوم من الامر بالابتداء بدين السيد للاستحباب فلا منافاة كما اشار الى ذلك الشيخ في الاستبصار وكان الاستحباب غيرمتجه لانه مبني على رضى الورثة ووفاء التركة ﴿قوله﴾ ﴿ولو أذن له في التجارة لم يجز له التعدي فيما حده﴾ كما في الشرائع وغيرها ولا فرق في عدم جواز التعدي بين أن يكون في جنس مايشتريه ويبيعه أو في القار أو في السفر الى موضع وان عم له جاز ولا يختص الاذن بشيء دون شيء ويستفيد المأذون له في التجارة بالاذن كل ما يندرج تحت اسم التجارة أو كان من لوازمها وتوابعها حتى الرد بالعيب والمخاصمة ﴿قوله﴾ ﴿وينصرف الاذن في الابتياع الى النقد﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وقد أطلقها الاصحاب وغيرهم في الباب وباب القراض وباب الوكالة والظاهر الاجماع على ذلك ولولاه أمكن جعل جواز النسيئة وجها وانما اختص بالنقد للقرائن الخارجية وهي الاضرار بالمولى في النسيئة بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه الى العبد من المال او لاغرض له وهي التي عينته من بين افراد الكلي وهذا هو حاصل ما أجاب به المصنف قدس سره لما اعترض عليه العلامة المحقق قطب الدين الرازي حين قرأ عليه هذه المسئلة بأن

وله النسيئة ان أذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى وغيره يتبع به بعد العتق والا ضاع ولا يستسعى على رأي (متن)

البيع أمر كلي والنسيئة جزئي فلم لاتدخل (فأجاب) أولا بأن البيع أعم فلا يدل على النسيئة باحدى الدلالات (فأورد) عليه القطب انه لايلزم من نفي الدلالة نفي الاستلزام لجواز كون اللزوم غير بين ثم عارضه بالنقد فعدل الفاضل الى الجواب المذكور من أن في النسيئة اضرار بالمولى بثبوت شيء في ذمته بخلاف النقد وكأنه في جامع المقاصد فهم من الابتياع البيع لانه استدل على انصرافه الى النقد بأنه الغالب و بأن النسيئة غير مرغوبة غالبا و بأنها معرضة للتلف والضياع ﴿ قوله ﴾ ﴿وله النسيئة ان أذن فيها ويثبت الثمن في ذمة المولى﴾ من المعلوم انه اذا أذن له في النسيئة كان الثمن في ذمة المولى و به صرح في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها ولو لم يكن السيد أذن في النسيئة واشترى كان فضوليا يتوقف على اجازة المولى ﴿قوله﴾ ﴿ ولو تلف الثمن قبل التسليم فعلى المولى عوضه ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد وليس المراد به الثمن المعين لان تلفه يبطل البيع فلا يلزم المولى عوضه على ماهو الظاهر منهم في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الاستدانة الا مع ضرورة التجارة المأذون فيها له فيلزم المولى ﴾ لان الاذن في التجارة يستلزم الاذن في جميع ضرورياتها لانه في معنى الاذن فحوى كما لو ماتت الدابة الحاملة للمتاع ولم يمكن غيرها الا بالاستدانة وكأجرة الحافظ ونحوها ﴿قوله﴾ ﴿وغيره يتبع به بعد العتق﴾ أي غير المستدان لضروريات التجارة يتبع به بعد العتق ان عتق و يندرج فيه أمران مااستدانه لا لضرورة التجارة المأذون فيها وما استدانه لغير المأذون فيها مطلقا والظاهر الاجماع على انه لايلزم ذمة المولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا ضاع ﴾ هذا معطوف على محذوف يدل عليه قوله بعد العتق أي ان أعتق وان لم يعتق ضاع ذلك في الدنيا ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا يستسعى على رأي ﴾ موافق للمبسوط والخلاف والكافي فيما حكي والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي واللمعة وشرح الارشاد للفخر وظاهر الارشاد وغيره وحكي عن الخلاف الاجماع عليه وهو الموافق للاصل و يجاب عن الصحيحة بالوجوه الثلاثة المذكورة فيماسلف وهي حملها على ما اذا علم المولى باستدانته فيجري عليه مجرى الاذن فحوى أو على ان الاستسعاء برضى المولى أو على انه بعد العتق (وقال الشيخ) في النهاية يستسعى فيه ولا يلزم مولاه شيء للصحيحة المذكورة ونفى في المختلف عنه البعد لان المولى غار بالاذن للعبد في التجارة فوجب عليه التمكين من السعي وقال أيضا في (المختلف) ان المعتمد انه ان استدان لمصلحة التجارة لزم المولى أداؤه كالاجنبي وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه شيء وتبع به بعد العتق عملا باصالة براءة ذمة المولى وتبعه على ذلك صاحب المقتصر (وأورد) عليه ان الاذن في التجارة ان استلزم الاذن في الاستدانة لضرورياتها فهو خلاف الفرض لان المفروض انه غير ماذون في الاستدانة وان لم يستلزم فلا نسلم انه يلزم المولى حينئذ لانه نفس المتنازع (وأجاب في التنقيح) بأن محل النزاع هو عدم حصول الاذن صريحا لاعدم حصوله مطلقا قال و بينهما فرق (قلت) الموجود في الرواية التي هي الاصل في النزاع وان لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى و يستسعى العبد

ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون ولو أخذ المولى ما استدانه وتلفت في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طولب بعد العتق ولو اذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال (متن)

في الدين فالاذن نكرة في سياق النفي وهو يفيد العموم اللغوي الا ان تقول ان النفي متوجه الى ما أريد من الاذن في الاثبات وهي الصريحة والفحوى المقطوع بها دون المظنونة وكلام المختلف ناظر الى المظنونة على الظاهر ثم ان هذا التحرير في محل النزاع لم نجده لغيره وقد سمعت ماذكرناه في تفسير قول المصنف وغيره من الوجهين وفصل ابن حمزة بأنه ان علم المدين عدم الاذن تبع به بعد العتق والا استسعى وقد وافقه على ذلك صاحب ايضاح النافع قال لان السيد غر الناس بالاذن في التجارة والصحيحة منبهة على العلة وقال انه أقوى الاقوال وفي (جامع المقاصد) انه ضعيف وفصل في المسالك والروضة فقال الاقوى ان استدانته لضرورة التجارة انما تلزم مما في يده فان قصر استسعى في الباقي ولا يلزم المولى من غير مافي يده وعليه تحمل الرواية وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يتعدى الاذن الى مملوك المأذون ﴾ كما في الشرائع والتذكرة وغيرهما ويمكن أن يراد بمملوك المأذون معناه المجازي لان الاضافة تصدق بادنى ملابسة فيراد به من هو في خدمته من مماليك المولى حال التجارة بحيث يدخل تحت أمره ويمكن أن يراد الحقيقة تفريعا على القول بانه يملك وعلى التقديرين لايتناول الاذن له مملوكه لان المولى اعتمد على نظره فلم يكن له أن يتجاوزه بالاستنابة كالتوكيل وكذا ليس لهذا العبد المأذون أن يوكل غيره لما ذكر وقد وافق على ذلك الشافعي وخالف أبو حنيفة فذهب الى ان له أن ياذن لمملوكه في التجارة مع أنه لا يقول بان العبد يملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ المولى مااستدانه وتلف في يده تخير المقرض بين اتباع العبد بعد العتق والزام المولى معجلا ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ووجه التخيير ان كلا منهما قد أثبت يده على ماله فيرجع على من شاء لان كان القرض فاسدا لأنه بغير اذنه صريحا أو فحوى كما هو المفروض فان رجع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد وان أعتق بعد ذلك لاستقرار التلف في يده وان كان الرجوع على المولى بعد عتق العبد فان كان عند أخذه المال عالما بانه قرض فلا رجوع له على العبد أيضا وان كان قد غره العبد بان المال له أو من كسبه اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور ولو رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده الا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه ومثله لو أخذه المولى ثم رده على العبد فتلف في يده وقد سهى قلم مولانا المقدس الاردبيلي في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستعيد المقرض والبائع العين لو لم يأذن المولى فيهما فان تلفت طولب بعد العتق ﴾ اما أن البائع والمقرض يستعيدان العين ان كانت موجودة فمما لا ريب فيه لبقاء ملك البائع والمقرض وأما مع التلف فيتبع العبد بمثلها أو قيمتها بعد عتقه ويساره كما هو واضح والضمير المثنى في فيهما يعود الى البيع والقرض لدلالة البائع والمشتري عليهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له في الشراء لنفسه ففي تملكه اشكال ﴾ الضمير في تملكه يعود الى المولى لان العبد لا يملك عند المصنف قال في (التذكرة) لو أذن المولى لعبده في الشراء للعبد صح والاقرب انه لايملكه فحينئذ يملكه المولى لاستحالة ملك لامالك له وهو خيرة الشهيد في

وهل تستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن (متن)

نكاح غاية المراد وفي (جامع المقاصد) الاصح انه لا يثمر ملكا للمولى وهو خيرة نكاح المسالك والمصنف هنا استشكل ووجهه الشهيد بأنه لم يقع للسيد فلا يملكه ولا للعبد لانه لا يملك (قلت) قضية ذلك أن يكون باطلا والاصل في ذلك أي الاشكال ان بطلان المركب لا يستلزم بطلان جزئه المعين و بعبارة أخرى بطلان الخاص لا يستلزم بطلان العام وان الاذن في الخاص يستلزم الاذن في المطلق اللازم له فاذنه له في الشراء لنفسه قد تضمن أمرين مطلق الاذن في الشراء وتقييد(١) بكونه لنفسه واذا بطل القيد أعني الجزء المعين بقي المطلق وان كان الشراء في الجملة ماذونا فيه أثمر الملك للمولى ومن أن الكلي لا يوجد الا في أحد جزئياته وهي غير متلازمة هنا فالاذن حينئذ انما تعلق بأمر واحد وهو شراء مخصوص للعبد وقد انتفى لان كان محالا غير متحقق و بعبارة أخرى فيكون البيع الواقع غير مأذون فيه فلا يثمر ملكا للمولى (وحاصله) ان الاذن في المقيد يستلزم الاذن في المطلق لا مطلقا أي في أي جزء كان بل في ذلك المقيد واذا امتنع ذلك المقيد لم يبق ذلك الاذن فرجع الامر الى منع القاعدة الثانية على اطلاقها ثم انا قد نمنع القاعدة الاولى ونقول فيمن نذر صلوة نافلة في مكان لا مزية له أو جالسا أو على الراحلة بانعقاد النذر ولا نقول بانعقاد المطلق و بطلان المقيد وفيمن نذر الصلوة محدثا ببطلان النذر من أصله ونقول ان من نذر أن يضحي بحيوان خاص فمات قبل ذلك لا يجب أن يضحي بغيره وان القضاء ليس تابعا للأداء والحاصل أن بقاء المطلق مع انتفاء المقيد في مثل هذه المواضع ظاهر المنع ومن الجائز أن يرضى المولى بتملك الامة المعينة للعبد ولا يرضى بتملكها لنفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل تستبيح العبد البضع الاقرب ذلك لا من حيث الملك بل لاستلزامه الاذن ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة ووجهه في الايضاح بأنه أذن له في سائر التصرفات لان التمليك أبلغ ثم احتمل العدم لعدم محله (ثم قال) و يرد انه أذن له في التصرف في الثمن بالبيع وفي المثمن بعد ذلك وهذا الاذن صحيح (قلت) هذا تفريع على ثبوت الملك للمولى ونحن ان سلمنا صحة الاذن في الوطئ لكنا نقول انه غير كاف في جواز الوطئ لكونه سابقا على الملك وقد قال المصنف وغيره انه لا يكتفى باذن المالك للعامل في شراء جارية يطؤها ولا فرق قال في باب القراض ولو أذن له المالك في شراء أمة يطؤها قيل جاز والاقرب المنع وهو الذي صححه المحقق الثاني هناك والقائل بالجواز الشيخ في النهاية تعويلا على رواية الكاهلي وقد قالوا في باب النكاح اذا تزوج العبد بمملوكة ثم أذن له المولى في شرائها لنفسه وقلنا انه يملك وان العقد يبطل هل يستبيحها العبد بغير اذن جديد من المولى اما بالملك أو الاذن الضمنية المستفادة من الاذن في شرائها لنفسه أم لا كل من الامور الثلاثة محتمل وجه الاول واضح لان الفرض كونه مالكا والمالك يستبيح أمته بالملك كغيره وضعف بأنه لا يلزم من الحكم بملكه جواز تصرفه مطلقا للاجماع على أن العبد محجور عليه في سائر التصرفات وفائدة الحجر لا تظهر الا على القول بكونه مالكا اذ لو نفينا ملكه أصلا كان منعه من التصرف كمنع سائر الناس من التصرف في مال غيرهم ومثل هذا لا يسمى حجرا اصطلاحا وحينئذ فلا يلزم من الحكم بملكه جواز وطئها بدون اذن جديد ووجه الثاني

---

(١) كذا في النسخ والظاهر وتقييده (مصححه)

ولو اذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها او استلزمته كحمل المتاع الى الحرز والرد بالعيب وليس له أن ينكح ولا يواجر نفسه والاقرب أن له أن يواجر اموال التجارة ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ولا ينفق على نفسه من مال التجارة ولا يعامل سيده بيعا ولا شراء خلافا للمكاتب (متن)

ان أذن المولى له في شرائها لنفسه دل على أمرين أحدهما تملكه لها والآخر تسويغه التصرف فيها بالوطئ فيستبيحها بالاذن الضمني لا بمجرد الملك المحجر ويضعف بأن مجرد الاذن له في شرائها لنفسه لا يدل على الاذن له في الوطئ بشئ من الدلالات ولا يستلزمه وانما تضمنت مجرد التملك للعبد وقد اعترفتم بأن التملك المجرد لا يفيد اباحة الوطئ ثم قالوا انه على تقدير الاذن له في الوطئ قبل الشراء ففي استباحته للوطئ نظر لان المولى غير مالك حين الاذن لما أذن فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له في التجارة جاز كل ما يندرج تحت اسمها أو استلزمته ﴾ كما في التذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ كحمل المتاع الى الحرز والرد بالعيب ﴾ وكنشر الثوب وطيه والمخاصمة في العهدة وكأنه أراد بالاستلزام مايشمل المقدمات لان حمل المتاع ليس من التجارة التي هي الاكتساب وانما هو من مقدماته ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له أن ينكح ولا يواجر نفسه ﴾ أما النكاح فظاهر لان الاذن تعلق بالتجارة وهي لا تتناول النكاح كما ان المأذون له في النكاح ليس له أن يتجر اذ كل منهما لا يندرج تحت الآخر وأما الاجارة فقد صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بأنها ليس له لما مر من عدم تناول الاذن في التجارة لها ولانه لا يملك التصرف في منفعته فيتوقف على الاذن وعساك تقول الاذن في التجارة يعم وجوه الاكتسابات وهذا من جملتها قلنا المتبادر من الاذن له في التجارة الاكتساب بغير منفعته ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب ان له أن يواجر أموال التجارة ﴾ هذا هو الاصح كما في جامع المقاصد لأن المقصود بالاذن الاكتساب وهو هنا أبلغ ولان له التصرف في الاعيان والمنافع تابعة لها ولجواز تمليكها بغير عوض تبعا للاعيان فهنا أولى كذا وجهه في الايضاح (قلت) ولان المنفعة من فوائد المال فيجوز له العقد عليها كالصوف واللبن ولان الايجار مما يعتبره التجار وقد يوجه العدم بعدم دلالة الاذن عليه باحدى الدلالات بل الاجارة والبيع متنافيان لان البيع نقل العين والاجارة نقل المنفعة والامر بالشئ يستلزم النهي عن منافيه كذا قال في الايضاح فتأمل (والجواب) انها من جملة وجوه الاكتساب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قصر الاذن في نوع أو مدة لم يعم ﴾ وكذلك الحال في القدر والسفر وقال الشهيد وجد بخط المصنف وقال أبو حنيفة يعم لانه زال الحجر بالاذن الخاص ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يتصدق ﴾ الا مع انتفاء كراهية المولى كما في التذكرة وقد استحسنه في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ينفق على نفسه من مال التجارة ﴾ لانه مال السيد وعند أبي حنيفة يجوز له ذلك (وتنقيحه) أن يقال انه ان اضطر ولم يمكنه الاستئذان فيه وفي القرض للانفاق ولا الاكتساب كان ذلك من ضروريات التجارة على احتمال قوي جدا ولو استأذن الحاكم حينئذ فلا كلام ولو تعذر ذلك كله و بلغ حد الضرورة كان من ضروريات التجارة بل له دفعها وان لم تكن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يعامل سيده بيعا ولا شراء خلافا للمكاتب ﴾ لان تصرفه لسيده بخلاف المكاتب فانه يتصرف لا لسيده لانقطاع سلطانه عنه و به قال الشافعي وقال أبو حنيفة له أن يعامل سيده وقيده بعض الشافعية بما اذا ركبته الديون ولا

ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة وهل ينعزل بالآباق نظر أقربه ذلك ولا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده و يقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا ازيد (متن)

ولا استحلي قوله خلافا للمكاتب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا ينضم ما اكتسبه بالاحتطاب والاصطياد الى مال التجارة ﴾ وكذلك قبول الوصية والاخذ من معدن أو مباح لعدم تعلق الاذن به فليس له التصرف فيه الا باذنه لانه مال اكتسبه بغير التجارة فيكون للسيد والسيد لم يأذن له في التصرف ولم يسلمه اليه ليكون رأس مال التجارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل ينعزل بالآباق نظر أقربه ذلك ﴾ كما في التذكرة قضاء للعادة وشهادة الحال فان خروجه عن طاعة مولاه يؤذن بكراهية المولى لتصرفه حيث خرج عن الامانة وان الشارع نزله منزلة الموت ولهذا يزول نكاحه عن امرأته والموت موجب للبطلان ووجه عدم الانعزال كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد الاصل فيتمسك بصريح الاذن الى أن يتحقق العزل وان الآباق عصيان فلا يوجب الحجر كما لو عصى السيد من وجه آخر والفرق ظاهر فانه اذا قهر المولى على نفسه فقد قهره على ما في يده والحال تشهد بأنه لم يأذن له حينئذ بالتصرف فيه وعلى القول ببقاء الاذن له التصرف في البلد الذي أبق اليه الا اذا خص السيد الاذن بهذا البلد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصير مأذونا بالسكوت عند مشاهدة بيعه وشرائه ﴾ اذا شاهد عبده يبيع ويشتري فسكت عنه ولم ينكر ولم يظهر منه أثر الاختيار لم يصر مأذونا في التجارة كما لو رآه ينكح فسكت لم يكن مأذونا في النكاح وقال أبو حنيفة يكون مأذونا في التجارة بمجرد السكوت ويستفاد من بعض أخبارنا في باب النكاح أن السكوت اذن واجازة ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا ركبته ديون لم يزل ملك سيده عما في يده ﴾ ولا اعتراض للعبد ولا للغرماء على السيد وقال أبو حنيفة يزول ولا يدخل في ملك الغرماء وهو يستلزم المحال وهو وجود ملك بلا مالك له ولا من هو في حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يقبل اقراره بديون المعاملة في قدر ما أذن له لا أزيد ﴾ كما في الغنية والشرائع والتحرير والارشاد والدروس ومجمع البرهان ونهاية المرام والرياض وفي (المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض) انه المشهور ومعناه انه أقر بأن ما في ذمته لزيد مائة دينار من ثمن مبيع والحال ان المائة دينار مقدار المال المأذون فيه فيقبل اقراره لان المأذون فيه جائز له بخلاف ماسواه خلافا للتذكرة ووفاقا للتحرير ثم انه قال في (التحرير)ان كان ما في يده بقدر الاقرار مضى منه والا كان الفاضل في ذمته يتبع به بعد العتق وظاهره أي التحرير ان سيده أذن له في التجارة والمعاملة بمائة دينار مثلا ولم يدفع اليه شيئا فعاد وبيده اغراض يدعي شراءها في ذمته وبقاء الثمن فانه يقبل اقراره في المقدار الذي أذن له فيه ويؤخذ من المال الذي في يده والفاضل يكون في ذمته يتبع به بعد العتق وعبارة الكتاب قابلة للتنزيل على ذلك لانها كعبارة التحرير وانما زيد فيه ما سمعت ووجهه شهادة الحال له لان كان ذلك مقتضى الاذن وان معامليه يتضررون بالصبر الى مابعد العتق لولم يقبل وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه لا يمضي اقراره على المولى ومشاهدة الحال ليست حجة لشغل الذمة الحالية والتضرر يندفع بالاشهاد وليس اقرار العبد باولى من اقرار الوكيل (قلت) ان لم يقبل اقراره فهل تكون هذه الاغراض التي في يده لمولاه أو

سواء أقر لاجنبي او لابيه أو لابنه ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن ما لم يسمع من السيد او تقوم به بينة عادلة والاقرب قبول الشياع (متن)

- - - - - - - - - - -

يردها على أصحاب الديون وكلامه يعطي أنها للمولى وما أشبهها بما اذا ادعى أن ما في يده ملك لزيد وديعة أو غصبا فانه اقرار على ما في يده لا على المولى وقد صارت يده بالاذن كيد الوكيل ووجه عدم القبول في هـذا الفرض ان ما بيده لمولاه ويشبه ذلك أيضا ما اذ أقر بدين اقتضته ضروريات التجارة ويجيء على ما في جامع المقاصد أن لا يقبل اقراره وعلى ما في التحرير والكتاب يجب القبول ولا يتقيد بمقدار المأذون بالتجارة فيه لأن ضروريات التجارة لا تنحصر في مقدار ثم ان المصنف في باب الاقرار من الكتاب صرح بما في التحرير قال ولو كان مأذونا في التجارة فأقر بما يتعلق بها قبل ويؤخذ ما أقر به مما في يده وان كان اكثر لم يضمنه المولى بل يتبع به بعد العتق واستشكل فيه في التذكرة وصاحب جامع المقاصد قال الاشكال في محله ثم قال لا ريب ان القبول انما هو بمقدار ما في يده وقال واحترز بقوله فاقر بما يتعلق بها عما اذا اقر بأتلاف ونحوه مما لا مدخل له في التجارة فانه لا ينفذ في حق المولى انتهى وحينئذ فكيف يصح له أن يحتمل في عبارة الكتاب هنا انه اذن له في التجارة بمقدار معين ودفع اليه مالا ليتجر به ثم عاد وبيده اغراض يدعي أنه اشتراها في ذمته وان دينها باق وأدعى تلف ما كان في يده وانه يقبل اقراره هنا على السيد ثم يقول انه مستبعد حدا ثم انه لم يتضح لنا قوله وليس اقرار العبد باولى من اقرار الوكيل فانه أي الوكيل تارة يقبل اقراره وتارة لا يقبل كما فصلوه في بابه ولا نظن أنهم لا يقبلون قول الوكيل في مثل ما نحن فيه فليتأمل جيدا وتمام الكلام في باب الاقرار فانا قد اسبغناه هنالك ﴿قوله﴾ ﴿سواء اقر لاجنبي أو لأبيه او لابنه﴾ قال في (التذكرة) وقال ابو حنيفة لا يقبل اقراره لهما اما لو اقر بغير دين المعاملة فانه غير نافذ وكذا لو أقر غير المأذون لانه اقرار في حق المولى ﴿قوله﴾ ﴿ولا تجوز معاملته بمجرد دعواه الاذن مالم يسمع من السيد أو تقوم به بينة عادلة﴾ لان الاصل عدم الاذن فاشبه ما اذا زعم الراهن أذن المرتهن في بيع المرهون لانه مدع لنفسه فلا تقبل دعواه الا ببينة وقال ابو حنيفة يكفي قول العبد كما يكفي قول الوكيل وفرق واضح بينهما لانه لا حاجة في الوكيل الى دعوى الوكالة بل تجوز معاملته على ظاهر الحال وأن لم يدع شيئا وهذا بخلافه فكان قياسا مع الفارق حتى مع العلم بكون ما في يده لغيره وجملة أو تقوم أو يقيم على اختلاف النسخ معطوفة على الجملة لا على المجزوم والا لجزمت ويصير التقدير أو ما لم يقيم بينة فيجوز ﴿قوله﴾ ﴿والاقرب قبول الشياع﴾ كما في الايضاح لان اقامة البينة لكل معامل مما يعسر وأستوجه في التذكره العدم قال العسر يندفع باثبات ذلك عند الحاكم (قلت) يرد عليه مثله لان سؤال الحاكم يعسر عند كل معاملة الا ان يريد انه ينادي عليـه ويعرف الناس خبره ثم انه يرد على الشياع مثل ذلك لان اخبار جماعة يثمر اخبارهم ظنا قويا متاخما للعلم عنـد كل معاملة مما يتعذر أو يتعسر أيضاً وليس مطلق الاخبار شياعا ثم انه لو ثبت الاذن بالشياع لثبت في الاذن والوكالة للحر لاتحاد طريق المسئلتين وهو الاذن مع ان العبودية لا تزيده الا منعا من التصرف وفي (جامع المقاصد) ان اريد قبول الشياع بحيث يحكم به على المولى لو انكر فهو مشكل لانه سيأتي أن الشياع لضعفه

ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجرعلي السيد لم يعامل فان قال السيد لم احجرعليه احتمل ان لا يعامل لانه العاقد والعقد باطل بزعمه والمعاملة اخذ بقول السيد ولوظهر استحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ولا يقبل اقرار غير المأذون بمال ولاحد وهل يتعلق بذمته نظر (متن)

لا يثبت به الملك الذي عليه يد شخص آخر فكيف يحكم به على المولى في قطع سلطنة الحجر على عبده وخروج املاكه عنه بتصرفه نعم لو اعتبرنا في الشياع حصول العلم بالاخبارات اتجه ذلك لانه اقوى من البينة وان اريد جواز المعاملة بسببه بحيث يرتفع المنع فهو متجه لكن اشتراط حصول الشياع لجواز ذلك لاوجه له بل لا يبعد الاكتفاء بخبر الواحد العدل اذ الاصل في أخبار المسلم الصحة وقد تأكد بالعدالة بل لو أخبرمن أثمر خبره الظن امكن القبول اذ ليس ذلك باقل من خبر من يدعي الوكالة عن الغير في بيع ماله وليس بأقل من خبر الصبي في الهدية ولو ظفرت بموافق على هذا لم أعدل عنه انتهى (قلت) مراد المصنف الاحتمال الثاني بناء على كفاية الشياع فيما يعسر الاطلاع عليه والعلم به وان كان غير السبعة المشهورة أعني النسب والملك المطلق والموت والنكاح والوقف والعتق والولاية وهو خلاف الاصل وخلاف المشهور فالاصح عدم قبوله في المقام والا لقبل في الحر كما عرفت آنفا والاكتفاء بخبر المسلم العدل انما هو في الامور العامة كالرواية أو الخاصة المتعلقة بنفسه الا الامور الخاصة المتعلقة بغيره والاكتفاء بالظن مطلقا يقضي بالقبول لو حصل من الفاسق أو الفاسقة بل لو حصل من مجرد دعواه بل قد يحصل الظن من دون دعوى ولا خبر واثبات الحكم الشرعي بمثل ذلك لا يقول به أحد سواء كان الحكم جواز معاملته أو غيرها والوكيل كما عرفت آنفا تجوز معاملته على ظاهر الحال والصبي خرج بالدليل فلا يقاس عليه غيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عرف كونه مأذونا ثم قال حجر علي السيد لم يعامل ﴾ لانه اقرار على نفسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قال السيد لم أحجر عليه احتمل أن لا يعامل لانه العاقد والعقد باطل بزعمه ﴾ هذا أصح الوجهين عند الشافعية لانه غير قاصد الى عقد صحيح (ورد) بان الشرط لصحة العقد هو القصد اليه لا القصد اليه من حيث كونه صحيحا للقطع بصحة مبايعة من ينكر صحة بيع الغائب من العامة ولجواز المتعة بالمرئة من المخالفين وفي (جامع المقاصد) ان الاصح انه ان قصد الى العقد ولم يقصد أيقاعه باطلا صح ولا يلتفت الى قول العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمعاملة اخذا بقول السيد ﴾ هذا هو مذهبنا كما في التذكرة لان الحجر حق السيد ولا يعتبر رضى العبد كما لا يعتبر رضاه في ثبوت الاذن له اذا اذن له فلا يعتد بمخالفته لان السيد أحق بنفسه منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر أستحقاق ما باعه المأذون بعد تلف الثمن في يده رجع المشتري على السيد ﴾ لان العقد له والعبد نائب عنه وعبارته مستعارة فكأن السيد هو البايع والقابض للثمن والحاصل ان العبد لم يقبضه الا للسيد ويده يد ضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يقبل أقرار غير المأذون بمال ولا حد ﴾ قد تقدم أن اقراره بالمال لا يقبل لانه اقرار في حق المولى واما الحد فيأتي قريبا انه لا يقبل أقراره فيه وقد يوجد في بعض النسخ في مال لاحد بدون واو وهذا القيد يمنع العموم لان المال المقر به لنحو المسجد والبقعة لا يقبل اقراره فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يتعلق بذمته نظر ﴾ أقربه التعلق كما هو خيرته في التذكرة و باب الاقرار من الكتاب وخيرة ولده في الايضاح وفي (جامع المقاصد) انه الحق قلت هو خيرة اقرار المبسوط والسرائر والجامع والشرائع

ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا او مالا ولا بالحد (متن)

والتحرير والارشاد والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك ونهاية المرام والكفاية للقطع بكونه كامل التصرف لولا حق المولى فلا تخرج بذلك عبارته عن الاعتبار فتعد لغوا ولعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والعبد منهم فيواخذ به بعد العتق وقال في اقرار الكتاب لو قيل كان وجها فكأنه متردد كما هنا وستعرف وجه تردده ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا يقبل اقرار المأذون وغيره بالجناية سواء اوجبت قصاصا أو مالا ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد واقرار الكافي والجامع والشرائع والنافع والكتاب وقصاص الكتاب وفي (أقرار المبسوط) لا يقبل أقراره بحد عندنا وفي (الخلاف والغنية) الاجماع على انه لا يقبل أقراره بما يوجب جناية على بدنه وفي (التذكرة وجامع المقاصد) الاجماع على انه لا يقبل اقراره بعقوبة ولا مال ونفى عن ذلك الخلاف في المسالك وفي (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا لانه اقرار في حق مولاه وقد سئل ابو محمد الواشي مولانا الصادق عليه السلام عن قوم ادعوا على عبد جناية تحيط برقبته فاقر العبد بها فقال عليه السلام لا يجوز اقرار العبد على سيده فما رواه العامة عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قطع عبدا باقراره فممنوع وقال في (التذكرة) انما قطعه بالبينة ومعنى عدم قبول أقراره انه لا يقتص منه ما دام مملوكا ولا يطالب بالمال سواء كان مأذونا في الاستدانة والتجارة أولا فاذا اعتق فان كان الاقرار يوجب القصاص استوفي من العبد بما يقتضيه أقراره كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يفت في اقرار الدروس بشيء قال وقيل يتبع بالجناية ايضا ولعله أشار الى ابن أدريس في السرائر وفي أقرار (جامع المقاصد) لا أرى به بأسا الا في الحد لانه مبني على التخفيف ودرئه بالشبهة وقد فهم ذلك من اطلاق عبارة أقرار الكتاب ولم يظهر لي ذلك منها بل لا اشعار فيها بذلك ووجه أخذه باقراره انتفاء المانع وانه يؤخذ به في المال كما يأتي ووجه العدم سقوط ما وقع منه من الاقرار شرعا ولانه ربما كان غرضه من الاقرار تغريم المولى أو ادخال النقص على المولى بقلة الرغبة فيه وان كان الاقرار بما يوجب المال فانه يتبع به اذا أعتق وايسر بخلاف المحجور عليه للسفه فانه لا يلزمه حال الحجر ولا بعد فكه لان ذلك تضييع لماله في أحسن احواله وهذا انما رددنا اقراره لحق سيده فاذا زال حقه وملك المال الزمناه حق اقراره وهو المحكي عن المبسوط وخيرة اقرار جامع المقاصد وحجره وقد عرفت آنفا المصرح بذلك فيما اذا أقر بالمال وفي أقرار الكتاب لو قيل به كان وجها (حسنا حل) ولعله لان في نفوذه بعد العتق نقصا على المولى لقلة الرغبة فيه لان ضمان شيء في حال الحرية يزاحم الارث بالولاء (وفيه) ان ذلك لا ينظر اليه اذ مجرد حصول الحرية مظنة التصرفات المانعة من الارث بالولاء أو المنقصة له وأما اقراره بالخطأ فعندنا انه لا يقبل اقراره لانه اقرار في حق مولاه كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بالحد ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وقد سمعت ما حكيناه عن المبسوط وما ذكر بعده آنفا من الاجماعات وفي حدود الكتاب انه ان أقر بالزنا لم يحكم عليه بشيء وانه ان أقر بالسرقة لا يقبل اقراره وفي (الخلاف) الاجماع عليه في الثاني أي ما اذا اقر بسرقه وقال مولانا الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل اذا أقر العبد على نفسه بالسرقة لم يقطع وخصه الصدوق بمن يريد الاضرار بسيده لما في حسنة ضريس عن أبي جعفر عليه السلام ان العبد اذا أقر على نفسه عند الامام مرة قطعه وهو شاذ قد حمله الشيخ على اذا انضاف الى الاقرار الشهادة

ولوصدقه المولى في ذلك فالاقرب النفوذ ﴿الفصل الرابع في المريض﴾ ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا تمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي (متن)

ويتبع بالمال بعد الحرية كما في التذكرة والتحرير ونفى عنه العبد في جامع المقاصد وهو خيرة حدود الكتاب وهل يقطع وجهان من ارتفاع المانع ومن اندرائه ابتداء وهو الذي رجحه في اقرار جامع المقاصد واما في حد الزنا فقد قرب في الكتاب الثبوت لزوال المانع وهو كذلك ووجه احتمال العدم انه أقر حين لم يكن عبرة باقراره فهو كما اذا أقر صبيا ثم بلغ والفرق واضح وقد يبنى الوجهان على أن تعلق حق المولى به مانع السبب كالابوة المانعة من القصاص والرضاع المانع من النكاح أو مانع الحكم كالدين المانع من وجوب الخمس في المكاسب والظاهر انه من قبيل الثاني لان تعلق حق المولى لايخل بحكمة السبب وانما يناقضها مع بقاء الحكمة في الحدود فهو كالحليلة الموطوءة بشبهة فان عدتها لاتحرمها على زوجها وان حرم وطؤها لمكان العدة ﴿ قوله ﴾ ﴿ولو صدقه المولى في ذلك فالاقرب النفوذ﴾ أشار بقوله في ذلك الى ماسبق من القصاص والحد وما قربه هنا خيرته في التذكرة وحدود الكتاب في الزنا والسرقة جازما به فيهما وفي (قصاص الكتاب) انه الاقرب كما هنا وفي اقراره جزم بالجميع أعني قبول اقراره بالمال والحد والجناية بأقسامها وفي (اقرار الغنية والسرائر) نفى الخلاف في ذلك وفي (المسالك والكفاية) انه لا اشكال في ذلك لانتفاء المانع وان الحق لايعدوهما ويحتمل ضعيفا العدم لاحتمال سلب الاهلية ولان المولى لايملك ثبوت الحد والقصاص عليه وليس بشيء لان المثبت اقراره وقد زالت مانعية حق المولى بتصديقه وتمام الكلام في هذه المسائل في باب الاقرار ﴿ الفصل الرابع في المريض ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحجر على المريض في التبرعات كالهبة والوقف والصدقة والمحاباة فلا تمضي الا من ثلث تركته وان كانت منجزة على رأي ﴾ مشهور كما في المهذب البارع وهو الاظهر في فتاوي أصحابنا كما في ايضاح النافع وعليه الفتوى كما في التنقيح وعليه عامة المتأخرين كما في حجر المسالك والاكثر وسائر المتأخرين كما في وصاياه وعليه المتأخرون كما في غاية المراد ومجمع البرهان والنصوص به متواترة كما في جامع المقاصد (١) وفي موضع آخر منه انه قد دلت عليه صحاح الاخبار وفي (المفاتيح) ان الاخبار به أكثر وأشهر وقد حكاه المصنف في المختلف والشهيد في غاية المراد عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط وظاهر كلام الشيخ في الخلاف وتبعهما من تأخر عنهما في الحكاية عن هؤلاء وستعرف الحال في ذلك كله نعم لاريب ان المحقق ومن تأخر عنه مطبقون على ذلك

(١) اقول قد تبع المصنف على نسبة دعوى التواتر الى جامع المقاصد تلميذه صاحب الجواهر ونحن قد تاملنا عبارة جامع المقاصد فوجدناه لم يدع ذلك وان أوهمته عبارته في بادئ النظر وهي قوله في مسئلة من أوصى بعتق مماليكه وعليه دين أن نفوذ تصرفات المريض في الثلث ثبت بالنص تواترا الى آخره فانه لا يبعد ظهورها في ارادة التصرف بالايصاء ويؤيده عدم دعواه التواتر في باب الوصايا الذي بسط فيه الكلام في المنجزات مع أنه احوج اليها ولا في باب الحجر واقتصر على دعوى دلالة صحاح الاخبار (لمحرره محسن الحسيني العاملي)

الا من ستعرفه لكن المحقق والمصنف والشهيدين في موضع من النافع والارشاد وغاية المراد وموضع من المسالك لم يرجحوا واحدا من القولين وكذا الشيخ في موضعين من المبسوط أحدهما باب الوقف والراوندي في فقه القرآن وفي عتق الغنية العتق في مرض الموت من أصل التركة ان كان واجبا وان كان تبرعا فهو من الثلث وقد يظهر منه دعوى الاجماع عليه وقد يتوهم من ذلك انه يخالف مايأتي من ان المنجزات من الاصل وليس كذلك لان هذا في الوصية و بمثل ذلك قال في الخلاف وصرح بانه في الوصية (والقول) بأنها أي المنجزات من الاصل خيرة (الكافي والكليني خ) (١) والفقيه والمقنعة والانتصار والتهذيب والاستبصار والنهاية والخلاف في مواضع منه الهبة والشفعة والوصايا والمبسوط في موضع منه والمهذب فيما اذا أعتق في الحال والوسيلة والغنية في موضعين منها والسرائر في ثلاثة مواضع وجامع الشرائع في باب الوقف وكشف الرموز ومجمع البرهان في باب الحجر والكفاية والوافي والوسائل والهداية والرياض وهو المحكي عن الكليني والقاضي أيضا ولعل وجه حكايته عن ثقة الاسلام هو انه عقد باب صاحب المال أحق بماله مادام حيا ثم ساق الاحاديث الدالة عليه خاصة ولم يذكر شيئاً من روايات القول الآخر وهو لازم لسلار كما ستسمع وهو ظاهر نكت النهاية وفي (كشف الرموز) انه مذهب الاكثر وفي (الرياض) انه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لاشبهة فيه جدا وفي موضع من السرائر انه الصحيح من المذهب التي تقتضيه الاصول وفي موضع آخر وهو باب الوصية قال انه الاظهر في المذهب وعليه الفتوى و به العمل لان للانسان التصرف في ماله ونفقة جميعه في مرض الموت بغير خلاف وفي (هبة الانتصار والغنية) الاجماع عليه وهو أي الاجماع ظاهر مهور السرائر أيضا كما ستسمع قال في (الانتصار) مما انفردت به الامامية ان من وهب شيأ في مرضه الذي مات فيه اذا كان عاقلا مميزا تصح هبته ولا يكون من ثلثه بل يكون من صلب ماله وخالف باقي الفقهاء في ذلك وذهبوا الى أن الهبة في مرض الموت محسوبة من الثلث (دليلنا) الاجماع المتردد ومثله معقد اجماع الغنية بدون تفاوت وقال في (مهور السرائر) والصحيح من المذهب ان العطاء المنجز في حال مرض الموت يخرج من أصل المال لامن الثلث لانه لاخلاف ان له أن ينفق جميع ماله في حال مرضه فلو كان ماقاله بعض أصحابنا صحيحا لما جاز ذلك ولما كان تصح منه النفقة بحال انتهى وتدل عليه الاخبار الكثيرة وقد عقد له في الوافي بابا وسرد فيه أحد عشر خبرا (منها) الموثق المروي في الكتب الاربعة عن ابن أبي عمير عن مرازم عن عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به فان تعدى فليس له الا الثلث كما في الفقيه و بعض نسخ الكافي وفي (التهذيب) فان قال بعدي مكان فان تعدى وهو أوفق بقوله يبين فانه من الابانة وهي العزل عن ماله وتسليمه الى المعطى له في مرضه وفي بعض نسخ الكافي هكذا قال قلت له الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به قال نعم فان أوصى به فليس له الا الثلث وهو المناسب لما في التهذيب وفي (الخبر) الصحيح الى صفوان عن مرازم

(١) الموجود في بعض النسخ وهو خيرة الفقيه والمقنعة الى آخره ولعلها هي الاصح فأنه سينسب ذلك الى الكليني بطريق الحكاية عنه وأما الكافي فان اريد به كتاب الكليني فلا يجتمع النقل عنه مع النقل عن الكليني وان اريد به كافي ابي الصلاح فكان اللازم تأخيره عن الكتب التي سرده مما هو متقدم عليه في الزمان كما هي عادة الشارح فتأمل (لمحرره محسن)

عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال اذا بان فيه فهو جائز وان أوصى به فهو من الثلث وفي (الحسن) بابراهيم عن أبي شعيب المحاملي عن أبي عبدالله عليه السلام قال الانسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه وفي (خبر) أبي بصير ان لصاحب المال أن يعمل به ماشاء مادام حيا ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت فان أوصى به فليس له الا الثلث الى غير ذلك من أخبار الباب المذكورة في الوافي و يدل عليه أيضا غير أخبار هذا الباب صحيحة محمد بن مسلم في الفقيه والتهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث قال يمضي عتق الغلام و يكون النقصان فيما بقي وحسنته في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق مملوكه في مرضه فقال ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق وهاتان واضحتان سندا ودلالة ولعل الثانية أوضح دلالة بحيث لا مجال للمناقشة فيها فلا تلتفت الى ماقاله الشهيدان والمحقق الثاني والكاشاني من أن الاخبار به غير صحيحة ولعل هذا هو الذي جراهم وغيرهم على المخالفة لقدماء الاصحاب العالمين بالسيرة واستمرار طريقة الشيعة ومنهم خرجت الاخبار و بهم عرفنا السيرة والآثار مضافا الى ماسمعته من الاجماعات والشهرة في المتقدمين المتقدمة في مثل المقام على الشهرة المتأخرة مضافا الى الاصل ثلاثة مما ن والاستصحاب واصالة صحة العقود وأدلة تسلط الناس على أموالهم عقلا ونقلا كتابا وسنة واجماعا وعموم أدلة صحة الهبة والعتق والمحاباة مثلا لو فعلها في مرضه مضافا الى اطباق العامة على القول بأنها من الثلث كما في الانتصار والمبسوط والسرائر وظاهر الغنية والتذكرة والرشد في خلافهم فالاخبار المخالفة وان صح بعضها تحمل علي التقية أو على الوصية أو على الاستحباب وان الاولى ترك المال للورثة مع عدم صحيح صريح في كونها كالوصية (ومنها) صحيحة علي بن يقطين قال سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث والثلث أكثر وصحيحه يعقوب بن شعيب قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت ماله من ماله فقال ثلث ماله وللمرأة أيضا ونحوه صحيحة أبي بصير وفي رواية عبد الله ابن سنان باسناد فيه محمد ابن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال للرجل عند موته ثلث ماله وان لم يوص فليس على الورثة امضاؤه وهذه الأخبار قابلة للحمل على الوصية كما قاله الشهيدان وغيرهما وفي الاخير اشعار أو ظهور بذلك على ان الاول والثالث قابلان للحمل على التقية لمكان علي بن يقطين وعبد الله بن سنان وأما خبر علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت وأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه قال مايعتق منه الا ثلثه وسائر ذلك الورثة أحق به ولهم مابقي وهذه وان كانت متضمنة للعتق خاصة الا أنه لكونه سببا في التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى والقول بأنها مخصوصة بالعتق خرق للاجماع المركب اذ لاقائل بالفصل كما في غاية المراد فيمكن حمله على الوصية لان حضور الموت قرينة منعه من مباشرة العتق ويجوز نسبة العتق اليه لكونه سببه القوي بواسطة الوصية لكن في كشف الرموز ان الخبر مخصوص بالعتق فلا يعم ولعله نظر الشهيد اليه ومثله خبر الحسن بن الجهم وخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال ان أعتق رجل خادما ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية وأعتق الخادم من ثلثه الا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصية ولا يخفى ان قول الراوي أعتق لعله ظاهر في أنه أوصى بالعتق كما يشهد له قوله ثم أوصى بوصية أخرى وقد وقع اطلاق الاعتاق على الوصية في بعض عبارات الاصحاب كالخلاف والغنية وغيرها وفي صحيحة

عبد الرحمن الطويلة وجعل ذلك قرينة صارفة عن المعنى الحقيقي للاعتاق وهو المنجز الى الاعم منه
ومن الوصية ليس بأولى من جعلها صارفة الى المجاز الاخص وهو الوصية خاصة والاصل والظواهر ترجح
الثاني وأما خبر أبي ولاد (ففيه) ان مضمونه لايقول بهأحد كما في المسالك لان الابراء مما في الذمة
صحيح بالاجماع كما في المسالك أيضا دون هبته والحكم في الخبر بالعكس حيث قال في الرجل يكون
لامرأته عليه دين فتبرؤه منه فقال بل تهبه وأما ما استدلوا به من الاعتبار من أن العطية المؤخرة عن
الموت لاتنفذ الا من الثلث فكذا المتقدمة مراعاة لجانب الورثة فهو مبني على العلة المستبطة مع انه قياس
مع الفارق لان الانسان مادامت فيه الروح يحرص على المال ويخاف الفقر ولا كذلك الوصية بعد
الموت وبه يجاب عن قولهم لولا كون المنجزات من الثلث لاختلت حكمة حصر الوصية في الثلث لانه
لولا ذلك لالتجأ كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث الى العطايا المنجزة فتختل الحكمة وأنت خبير
بأن الخوف من البرء يمنعه عن الزيادة بخلاف مابعد الموت فلا اختلال وهذا حاصل بالوجدان ثم على تقدير
كون العلة منصوصة في الدليل الاول فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل وهو النظر الى الورثة والشفقة عليهم
فينبغي أن يحجر عليه أيضا والفرق بان المال حال المرض في قوة ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح فغير صحيح
فكم من مريض عاش أكثر من صحيح على انه ربما كان في حال الطاعون أو المرامات التي يغلب معها الظن
بالتلف أبلغ من المرض واستوضح ذلك في الوصية فان الشارع لم يفرق فيها بين الصحيح والمريض
فنعهما الا من الثلث ولما كانت منجزات الصحيح من الاصل ولا حجر فلتكن كذلك في المريض
ولعل هذا أنسب بالحكمة اذ ليس ببعيد أن يكون الوجه في الفرق بين الوصية والتنجيز سهولة اخراج
المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التحري عليه مع حفظه له وشحه عليه لما كان
حقه وماله وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحي صحيحا كان أو مريضا لان البرء ممكن بل المريض
لاينقطع رجاؤه من الحيوة الى حال الاحتصار والشح بالمال حينئذ بالجملة حاصل فيكون كتصرف
الصحيح حينئذ بماله لامال غيره (ثم ان الضابط) عندهم في المنجزات التي هي محل الخلاف انها
مااستلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض والمشهور عندهم على الظاهر انه لايشترط في حصول
المرض أن يكون مخوفا للعمومات من غير تخصيص كما هو خيرة المحقق والمصنف والمقداد وغيرهم وما
نسب الخلاف الا الى الشيخ في المبسوط لرواية علي بن يقطين المتقدمة فان فيها عند الموت وذلك
لايكون الا بأمارة الموت وحملوه على ان معناه اذا حصل الموت وهو أعم من المخوف وغيره فعلى هذين
الاصلين أعني الضابط والمشهور يجب على كل من مرض أن يأخذ طامورا ويكتب فيه جميع مايهديه
الى الطبيب وما يتصدق به طلبا للعافية وما يصل به رحمه وما يتحف به العائدين له من بلد الى بلد
من كسوة واطعام كما هو متعارف في بعض البلدان الى غير ذلك مما نعلم أن أصحاب هذا القول لايعملون
به الا أن تقول ان هذا مستثنى وان أطلقوه ولم يصرحوا به وعلى تفصيل الشيخ في المبسوط يهون
الخطب في الجملة وينبغي أن يستثنوا مهر مثل المنكوحة بالعقد الصحيح مع الدخول كما هو ظاهر المبسوط
وصريح المصنف وقد تردد فيه المحقق وان يستثنوا ماباعه بثمن المثل لجريان العادة به ويجيء على قولهم
قيام احتمال كون ذلك من الثلث لتعلق غرض الورثة بأعيان الاموال ككتب العلم ونحوها وهو اختيار
المصنف لكنه قال اذا أوصى ببيعه كان من الثلث وفي الفرق نظر اذ الاعيان ان اعتبرت كانت من
الثلث فيهما والا فمن الاصل فيهما وما اذا أعار ماله فانه قد فوت عليهم أجرته وما اذا خصص بعض

الغرماء بالايفاء لانه اخراج لبعض ماوجب عليه مع احتمال العدم لتساويهم في الاستحقاق لكنه ضعيف
وما نذره في مرضه لعموم مادل على اخراج كل واجب من الاصل لكن الاقوى على قولهم العدم
كتعلق النذر بمال ممنوع منه وما اذا زوجت المريضة نفسها بدون مهر المثل فانه يرثها فتكون قدفوتت
بعض المال بدون عوض مقابل ولذلك ونحوه جعل في غاية المراد في المسئلة قولا ثالثا وهو كونها من
الثلث الا في مواضع بل له ذلك كله لكنهم ما بالهم اختلفوا في الاقرار على أقوال شتى مع ان كل
من قال ان المنجزات من الاصل يلزمه القول بكون الاقرار من الاصل وكذلك كل من قال انها من
الثلث يلزمه القول بأنه من الثلث كما قاله في المهذب البارع لكنا قد تأملنا في ذلك في باب الاقرار
وأوضحناه فليراجع وكيف كان فما بال أصحاب هذا القول اختلفوا على أقوال والاكثر منهم انه من
الاصل مع عدم التهمة ومعها من الثلث الا أن تقول انما قادهم الى ذلك ضرورة الجمع بين الاخبار
(قلت) ليس في أخبار هذه المسئلة ما يدل على انه مع التهمة يكون من الثلث نعم في الصحيح عن
امرأة استودعت رجلا مالا فلما حضرها الموت قالت لهان المال الذي أودعته اياك لفلانة وماتت المرأة
وأتى أولياؤها الرجل فقالوا انه كان لصاحبتنا مال ولا نرى مالها الا عندك فأحلف لنا مالنا قبلك شيئ
أيحلف لهم فقال ان كانت مأمونة فيحلف لهم وان كانت متهمة فلا يحلف ويضع الامر على ما كان
فانما لها من مالها ثلثه أشعاراً بذلك اذ وضع الحق على ما كان ظاهر في عدم نفوذ الاقرار في شيئ مطلقا
ولا ينافيه التعليل بأنها لها من مالها ثلثه لعدم تصريح فيه ولا ظهور في النفوذ من الثلث نعم ربما كان
فيه اشعار مابه و يبقى الكلام في بيان وجه التعليل و يمكن بيانه واحتمال عود ضمير لها الى فلانة بعيد جدا
فلم يكن في الاخبار مايدل صريحا أو ظاهرا على انه ينفذ من الثلث مع التهمة الا أن تقول قد اتفقت
كلمتهم على أن المقر له لايحرم كما يستفاد من الاقوال في المسئلة واتفقت على اعطائه من الثلث مع التهمة
وان اختلفت في الزيادة عليه على أقوال وحينئذ يمكن الاستدلال عليه بمفاهيم الاخبار الآتية كصحيحة
منصور والموثقة وكيف كان فقد وافقوا أصحاب القول الثاني فيما اذا كان مأمونا (فان قلت) هذا
مشترك الالزام فان الشيخ في النهاية فصل في الاقرار بين التهمة وعدمها في الاخراج من الاصل
والثلث وكان الواجب أن يقول من الاصل مطلقا بناء على مااختاره في المنجزات فكان موافقا لذلك
القول فيما اذا كان متهما (قلت) هو الشيخ في النهاية لاغير لان كانت متون أخبار والا فهذا سلار
وابن ادريس وكاشف الرموز على أنه من الاصل وهو ظاهر اطلاق الخلاف والغنية مدعيين عليه
الاجماع و بعد ذلك كله فقد يقال في ترجيح القول الاول ان القائل بالثاني قليل اذ الصدوق والشيخ
قد اختلفت فتاواهما فانحصر الخلاف في المفيد والسيدين والقاضي وابن حمزة وابن ادريس وكاشف
الرموز وهو من المتأخرين وظاهر الكليني و يوهن اجماعاتهم مصير المتأخرين عنهم الى خلافها ولو كان
الامر كما ذكروه ماخفي عن المتأخرين لانه ليس من الاحكام النادرة الوقوع مضافا الى ضعف اخباره
ثم انها عامة وأخبار القول الاول خاصة والخاص مقدم مضافا الى أخبار العتق وأخبار الاقرار في مرض
الموت وانه من الثلث ان كان متهما اذ لو لم يكن محجورا عليه لما احتاج الى الاتهام مضافا الى ماذكروه
من موافقة الاعتبار (هذا) أقصى مايمكن أن يقال في ترجيح القول الاول وأنت قد عرفت الحال في ذلك
كله فليس هناك دليل يوجب على الفقيه المصير اليه بحيث يخصص أصول المذهب وقواعد الشريعة
واستمرار السيرة مضافا الى اعتضادها بالاخبار الصحيحة الصريحة المخالفة لجميع العامة الغير القابلة للتأويل

بشرط موته في ذلك المرض واقراره كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي او لوارث على رأي (متن)

المتعضدة بالشهرة المعلومة والمنقولة بين المتقدمين المتعاضدة بالعمومات كتابا وسنة و بالاجماعات المتكررة من الدين لا يعملون الا بالقطعيات وناهيك بعلم الهدى حاكيا وناقلا و بالاعتبار كما بيناه مع التأييد بأنها لولا صحتها لما الزمت بالبرأ والتالي باطل اجماعا مستفيضا والالتجاء الى القول بأن البرأ كاشف عن الصحة واللزوم والموت كاشف عن البطلان فرع وجود دليل على ذلك حتى نخرج به عن الاصول ونجعله كالفضولي مضافا الى جميع ما يلزم ذلك القول من استثناء ماعرفت أفبعد هذا من توقف ولا أقل من التوقف والاحتياط (و بيانه) انه ان كان في الورثة يتيم جعلناها من الثلث وان كانت العطية والهبة ليتيم قلنا انها من الاصل لان الفقيه اذا كان متوقفا كان في العمل والفتوى مخيرا مع أولوية ترجيح جانب الاحتياط ﴿ قوله ﴾ ﴿ بشرط موته في ذلك المرض ﴾ فلو برئ من مرضه ذلك ثم مات في مرض آخر نفذت اجماعا مستفيضا في كتب الاستدلال بل هو منقول في الشرائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ واقراره كذلك ان كان متهما والا فمن الاصل سواء كان لاجنبي أو لوارث على رأي ﴾ في المسئلة أقوال هذا أحدها وقد نسبه الشهيد الثاني والخراساني والكاشاني الى الاكثر وهو خيرة الشيخ في النهاية والقاضي والمحقق في الشرائع والمصنف في كتبه في عدة مواضع من بعضها والشهيدين في الدروس واللمعة والروضة والمسالك والمحقق الثاني في عدة مواضع من جامع المقاصد وغيرهم وقد نسبه الشهيد الثاني وغيره الى المفيد وقد عرفت مستندهم في الشق الاول والحال فيه وأما الشق الثاني فاستندوا فيه الى صحيحة منصور بن حازم عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه دينا فقال ان كان الميت مرضيا فاعطه الذي أوصى له ونحوه الموثق وقد يستدل بمفهومه على الشق الاول لانعقاد الاجماع على انه لا يحرم فيتعين أن يكون اعطاؤه لا من الاصل والا لاتحد المنطوق والمفهوم (والقول الثاني) انه أي الاقرار ينفذ من الاصل في الوارث والاجنبي مطلقا وهو خيرة الكافي والمراسم والغنية والسرائر والجامع وكشف الرموز وفي (اقرار السرائر) الاجماع عليه واستدل لهم عليه في وصايا السرائر بان الاجماع منعقد على ان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز واستدل عليه غيره بانه باقراره يريد ابراء ذمته من حق عليه في حال الصحة ولا يمكن التوصل اليه الا به فلو لم يقبل اقراره بقيت ذمته مشغولة و بقي المقر له ممنوعا من حقه وكلاهما مفسدة فقبول قوله أوفق بمقتضى الحكمة الالهية (وقد يقال) ان العموم مخصوص بالاخبار المتقدمة في الشقين والتعليل قد يمنع باحتمال مجرد حرمان الورثة مع عدم كون ذمته مشغولة بشيء والانصاف ان هذا القول ظاهر الخلاف أو صريحه كما فهمه ابن ادريس وكاشف الرموز لا كما فهمه منه في المختلف كما ستسمع قال في (الخلاف) اذا أقر بدين في حال صحته ثم مرض فاقر بدين آخر في حال مرضه نظر فان اتسع المال لهما استوفيا معا فان عجز المال قسم الموجود منه على قدر الدينين وحكاه أيضا عن المبسوط (الثالث) أنه يمضي من الاصل مع العدالة وانتفاء التهمة مطلقا ومن الثلث مع عدم الشرطين مطلقا وقد نسبه في غاية المراد الى الشيخ في النهاية والقاضي و رواية الصدوق في الفقيه والموجود في النهاية اقرار المريض جائز على نفسه للاجنبي والوارث اذا كان مريضا موثوقا بعدالته فان كان غير موثوق به وكان متهما فان لم يكن مع المقر له بينة أعطي من الثلث وهذا يصدق ما حكيناه أولا عن الشيخ في

واذا مات حل ماعليه من الديون دون ماله على رأي والاقرب الحاق مال السلم والجناية به (متن)

النهاية والقاضي والظاهر ان مراده من الموثوق بعدالته غير المتهم وما أشار اليه في رواية الفقيه فهي صحيحة منصور بن حازم وقد سمعتها آنفا وقال المحقق الثاني ان تصريح بعض الاصحاب باعتبار العدالة محل تردد وليس في الاخبار ما ينهض حجة على اعتبارها (قلت) المصنف في التذكرة قوى اعتبار العدالة وجعلها هي الرافعة للتهمة ولعله فهمه من خبر منصور من قوله عليه السلام ان كان الميت مريضا ولعل الاولى حمل التهمة على معناها وهو الظن المستند الى القرائن الحالية والمقالية الدال على أن المريض لم يقصد الاخبار بالحق وانما قصد تخصيص المقر له أو منع الوارث والتهمة بهذا المعنى قد تجامع العدالة لان مناطها الظن بما ذكر وهو لا يرفع العدالة الثابتة التي لا تزول بالظن (الرابع) انه ان كان عدلا مضى من الاصل والا فمن الثلث (الخامس) تعميم الحكم للاجنبي بكونه من الاصل وتقييد ذلك في الوارث بعدم التهمة فأن كان متهما كان بحكم الوصية وهو قول ابن حمزه في الوسيلة (السادس) التفصيل بالتهمة وعدمها للاجنبي في المضي من الثلث والاصل وللوارث من الثلث مطلقا وهذا للمحقق في النافع وأعترف المقداد بعدم معرفة قائل به غيره قلت قد وافقه بعد المقداد صاحب ايضاح النافع (السابع) انه يمضي من الثلث في حق الوارث مطلقا وهو قول الصدوق في المقنع (الثامن) قال السيد أطلق الشيخ في الخلاف محاصة الأجنبي للديان اذا قر له في المرض وصحة الاقرار للوارث ولم يبين كيفيته قال قال شيخنا يعني المصنف في المختلف مراده ما فصله في النهاية وهو رد على ابن ادريس حيث قال أنه رجع عن ذلك في الخلاف فليتأمل في كون ذلك قولا وقد سمعت ما استظهرناه من الخلاف (التاسع) ما قاله المفيد في المقنعة من انه ان أقر بدين كان اقراره ماضيا عليه أي من الاصل وان كان عليه دين محيط بما في يده فاقر بان ما في يده وديعة قبل اقراره ان كان عدلا مأمونا وأن كان متهما لم يقبل أقراره وقال ان الوارث والاجنبي سواء (العاشر) قول التقي في الكافي اذا كان الاقرار من حر كامل العقل سليم الرأي مريضا كان أو صحيحا فأن كان مبتدأ أي من دون تقدم دعوى وكان غير مأمون لم يمض اقراره وأن كان مأمونا مضى أقراره أنتهى فقد جعل المدار في الصحة والبطلان على التهمة وعدمها من دون فرق بين الصحيح والمريض فليتأمل فأنه مخالف لما عليه الاصحاب فان أقرار غير المأمون نافذ الا ان يكون مريضا والاخبار في المقام كأنها متشابهة ففي صحيحة الحلبي عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك قال نعم اذا كان مليا وقد سمعت خبر منصور حيث قال عليه السلام فيه اذا كان مرضيا ونحوه الموثق وفي صحيح اسماعيل بن جابر قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين عليه قال يجوز عليه اذا أقر به دون الثلث وفي صحيح أبي ولاد مثله من دون تفاوت الا انه قال فيه يجوز ذلك ولم يتعرض فيه لثلث ولا لما دونه وصاحب أيضاح النافع قال المراد من قوله عليه السلام اذا كان مليا ما كان دون الثلث قلت لعل المراد اذا كان الوارث الذي أقر له مليا لان ملائته قرينة على صدقه أو المقر ويكون المراد مليا بالصدق والامانة مجازا أو في الثلث وما دونه بان تبقى ملائته بالثلثين بعد الاقرار بالثلث وعن الصحاح ملؤ الرجل صار مليا أي ثقة وتمام الكلام في المسئلة وفروعها في باب الاقرار ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا مات حل ماعليه من الديون دون ماله على رأي والاقرب الحاق مال السلم والجناية به ﴾ اما حلول ما عليه فعليه أجماع

ولا يحـل المؤجل بالحجر وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال (متن)

الفرقة بل أجماع المسلمين وخلاف الحسن البصري قـد انقرض كما في الخلاف وبلا خلاف الا من الحسن البصري كما في الغنية وعليه الاجماع في جامع المقاصد والظاهر انه لا خلاف فيه كما في الكفاية وبه طفحت عباراتهم في المقام وفي باب الفلس حيث قالوا لا تحل ديونه المؤجلة بالتحجير عليه بخلاف الميت ولا فرق في دينه بين مال السلم والجناية المؤجلة عليه وغيرهما عملا باطلاق النصوص والاجماعات والفتاوى وكون أجل السلم يقتضي قسطا من الثمن وأجل الجناية بتعيين الشارع وبه يحقق الفرق بين الجنايات لا يدفع عموم النص ففي خبر ابي بصير اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين وفي خبر السكوني انه قال اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين وفي مضمرة الحسين ابن سعيد اذا مات فقد حل مال القارض وقد وسمها في الكفاية بالصحة وهي كذلك لولا الاضمار وعموم تأجيل الدية ومال السلم لا يعارض هـذه العمومات أعني عمومات حلول الدين كما في الايضاح لأنها خاصة بالنسبة اليه لان الدية ومال السلم فردان من الدين ولو تم ذلك لكان طريقا الى بقاء الاجل في كل فرد وفي (الايضاح وحواشي الشهيد) أن الاقوى أن مال السلم لا يحل بموته واما عدم حلول ماله من الدين ففي الخلاف أنه لا خلاف فيه بين المسلمين وفي (الغنية) نفي الخلاف فيه وهو خيرة المبسوط وجمهور من تأخر عنه وفي (النهاية) أنه يحل ماله وبه قال أبو الصلاح والقاضي والطبرسي حكاه عنهم في المختلف استنادا الى خبر ابي بصير وقد سمعته وأنه كما لو مات من عليه والرواية ضعيفة مرسلة والفرق بين موت من عليه ومن له انا ان أمرنا الورثة بالتصرف لزم الصرر على صاحب الدين والميت وأن منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا لذلك بخلاف موت من له الدين (وقال) علم الهدى في الناصريات لا أعرف الى الآن لاصحابنا فيها نصا معينا وفقهاء الامصار كلهم يذهبون الى ان الدين المؤجل يصير حالا بموت من عليه الدين ويقوى في نفسي ماذهب اليه الفقهاء ويمكن ان يستدل عليه بقوله تعالى من بعـد وصية يوصى بها أو دين علق القسمة بقضاء الدين فلو اخرت تضررت الورثة ولانه يلزم انتقال الحق من دمة الميت الى ذمة الورثة والحق لا ينتقل الا برضا من له أنتهى ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يحل المؤجل بالحجر ﴾ للاصل مع عـدم الدليل وعـدم القول بالقياس ﴿قوله﴾ ﴿ وديون المتوفى متعلقة بتركته وهل يكون كتعلق الارش برقبة الجاني أو كتعلق الدين بالرهن احتمال ﴾ قد استوفينا بلطف الله سبحانه وتعالى الكلام في المقام في باب الرهن عند قوله ولو رهن الوارث التركة وهناك دين الى آخره وبلغنا فيه ابعد الغايات وقد نقلنا عن جماعة كثيرين ان التركة تبقى على حكم مال الميت ونقلنا عن جماعة نسبته الى الا كثر وعن السرائر نفي الخلاف في ذلك وا كثرنا من الادلة عليه وقلنا انا لم نجد مصرحا بان تعلق الدين بالتركة كتعلق الارش الا ما حكاه الشهيد عن السيد الرضى أخي علم الهدى رضي الله عنهما والا ما يظهر من رهن الـكتاب وجامع المقاصد حيث قربا صحة رهن الوارث التركة لـكنه في جامع المقاصد رجع عنه هنا أعني في الباب وبينا ان القائلين بان التركة تنتقل الى الورثة جم غفير وأن ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الاجماع عليه وأن اصحاب هـذا القول جزموا الا من قل فيما اذا أستوعب الدين التركة بانه يتعلق بها تعلق الرهن

و يظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع تفذ على الاول دون الثاني (متن)

بالدين وانما ترددوا بين الامرين فيما اذا لم يستوعب كما ان جماعة في غير المستوعب على ان التعلق فيه كتعلق الرهن وبينا ان جماعة منهم فخر الاسلام والمحقق الثاني في المقام على انه تعلق مستقل ووجه ان تعلقه كتعلق الارش ان الدين يسقط بتلف التركة من غير تفريط من الوارث ولا يلزمه الضمان كما لا يلزم المولى ضمان لو تلف الجاني لا من قبله وان تعلقه بالتركة لا باختيار المالك كما ان تعلق الارش برقبة الجاني كذلك وانه ليس للدين الا اقل الامرين من الدين والتركة كما ان المجني عليه ليس له الا اقل الامرين من الارش وقيمة الجاني وليس الراهن كذلك في شيء من الامور المذكورة ووجه الثاني أن هذا التعلق ناشيء عن دين سابق في ذمة من كان ما لكا وانه يسقط بالاداء والمساوي في ذلك دين الرهن وضعفنا بان مشابهته لكل من الارش ودين الرهن تقتضي أن لا يكون من قبيل واحد منهما وان مجرد المشاركة في شيء من الصفات لا يقتضي المساوات في الماهية ليشتركا في باقي الاحكام ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويظهر الخلاف فيما لو أعتق أو باع نفذ على الاول دون الثاني ﴾ قد ذكرنا في الموضع المشار اليه آنفا فيما اذا كان الدين مستوعبا ان القائلين بان التركة تبقى على حكم مال الميت والقائلين بانها للورثة اتفقوا على أن الوارث يمنع من التصرف فيها الى ان يوفي الدين أو يأذن الغرماء حكى ذلك في الايضاح والمسالك وظاهر السرائر في باب قضاء دين الميت قال في (الايضاح) اجمع الكل على انه اذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة لا يجوز للوارث التصرف فيها الا بعد قضاء الدين واذن الغرماء ونحوه ما في المسالك وهو كذلك كما يشهد به التتبع كما بيناه هناك واما اذا لم يستوعب الدين التركة فهناك أمران ما فضل منها عن الدين وما قابله (اما الاول) ففي ميرات الكتاب والدروس انه يمنع من التصرف فيه وتكون التركة باجمعها كالرهن وهو خيرة الايضاح في الباب والرهن وجامع المقاصد هنا وأيضاح النافع في باب الدين وهو ظاهر المبسوط واطلق في السرائر قال لاخلاف في ان التركة لاتدخل في ملك الورثة ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقال في باب قضاء الدين انه الذي تقتضيه أصول مذهبنا للموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل فرط في اخراج زكوته في حيوته فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما يلزمه من الزكوة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له قال جائز يخرج ذلك من جميع المال انما هو بمنزلة لو كان عليه دين ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكوة ولا قائل بالفرق بين الوصية بالزكوة وغيرها على انه ذكر فيه الدين ونحوه صحيحة سليمان ابن خالد قضى أمير المؤمنين عليه السلام في دية المقتول انه يرثها الورثة على كتاب الله وسهامهم اذا لم يكن على المقتول دين فهو دال بالمفهوم وللاية الشريفة ولانه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ولان الاداء لا يقطع به بذلك البعض لجواز التلف والميت لما خرج عن صلاحية أستغراق الدين لذمته وجب أن يتعلق بكل ما يمكن اداؤه منه لان حدوث تعلقه بالبعض الباقي عند تلف بعضه منتف قطعا وان الباقي اذا تلف قبل القضاء ضمن الوارث وهذا يدل على ان التعلق بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث يتعذر واختار المصنف هنا وفي قضاء الكتاب والشهيد في حواشيه على ميرات الكتاب وجامع المقاصد في المقام والمسالك والكفاية نفوذ التصرف فيه أي في الفاضل عن الدين وهو قضية كلام جامع

وهل يشترط استغراق الدين اشكال اقرب به ذلك فينفذ تصرف الولي في الزائد فأن تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوراث فأن اعسر فالوجه ان للمدين الفسخ (متن)

الشرائع للضرر والحرج وبعد الحجر في مال كثير لاجل الدين بل يتقدر بقدره مؤيدا باستمرار طريقة الناس وبكون التصرف مراعى بوفاء الباقي بالدين فلو قصر لتلف أو نقص لزم الوارث الأكمال فان تعذر الاستيفاء منه تسلط المدين أو الحاكم على نقض تصرفه وربما أستدل عليه بخبر البزنطي بأسناده أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالا وعليه دين أينفق عليهم من ماله قال ان استيقن ان الذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم وان لم يستيقن فلينفق عليهم ونحوه خبر آخر مثله بهذا المتن وهما لا ينطبقان على ما ذكروه من التفصيل كما هو واضح مع مافي الاخير مما حمل على السهو من بعض الرواة مع امكان حملهما على ان ذلك على سبيل القرض والضرورة مع ان أصحاب هذا القول ماألموا بهما ولا وجدت أحدا منهم أخذ وأحدا منهما دليلا والضرورة والحرج يندفعان بالاستئذان من المدين أو الدفع اليه أو الى الحاكم ان عسر الوصول اليه أو العزل عند الثقة الامين كما ذكروه في باب الدين وأوضحنا الحال فيه هناك والسيرة سيرة عوام والا فالعلماء مختلفون ومضطربون وقد اتفقوا على أنه اذا مات حل ماعليه وتعليلهم يقضي بأن الوارث ممنوع من التصرف على ان الآية ظاهرة في خلاف هذا القول الا أن يقال ان المراد من بعد وجودهما أي الوصية والدين في المال الواسع لامن بعد عزلها ولا من بعد وصولها لاهلها ومما ذكر يعلم حال ماقابل الدين من التركة فليتأمل جيدا وثمرة الخلاف ظاهرة على القول بأنه كتعلق الرهن والقول بأنه كتعلق الارش وأما القائل بأنه تعلق برأسه فيحتمل عنده انه ينفذ تمسكا بأصل الصحة واصالة عدم بلوغ الحجر الى مرتبة لا يكون التصرف فيها معتبرا وان في القول بالصحة جمعا بين الحقين ويحتمل العدم لانتفاء فائدة التعلق بدونه ولأداء النفوذ الى ضياع المال ومن أصحاب هذا القول المحقق الثاني وقد قال ان النفوذ أقوى وقد تقدم بيان ذلك كله في باب الرهن ﴿قوله﴾ (وهل يشترط استغراق الدين اشكال أقرب به ذلك) أي هل يشترط لتعلق الدين بكل التركة أن يكون مستغرقا لها بأن يكون بقدرها وأزيد اشكال من حيث انا انما منعناه لحفظ مال الديان وهو يحصل بعنه من قدر الدين فيختص الحجر بقدره ومن انه لاأولوية لبعض على بعض باختصاص التعلق به الى آخر ماسمعته آنفا وقد قرب المصنف هنا الاشتراط وفي (الايضاح وجامع المقاصد) الاصح انه لايشترط وهو الاصح كما عرفت ﴿قوله﴾ (فينفذ تصرف الولي في الزائد) هذا ماحكيناه عنه آنفا من ان الدين اذا لم يستغرق التركة وتصرف الولي أي الوارث ببيع أو هبة في الزائد عن الدين نفذ تصرفه وان قلنا بأن تعلقه بها كتعلق الرهن لان الزائد على الدين طلق لاحجر عليه فيه وعلى القول بعدم اشتراط الاستغراق مع القول بأن تعلقه كتعلق الرهن لاينفذ تصرفه في شيء منها لتعلقه بجميعها وثبوت المنع وعلى القول بانه كتعلق الارش كانت التصرفات نافذة على القولين اي اشتراط الاستغراق وعدمه وعلى القول بأنها تبقى على حكم مال الميت لاينفذ شيء من التصرفات ﴿قوله﴾ (فان تلف الباقي قبل القضاء ضمن الوارث فان أعسر فالوجه ان للمدين الفسخ) أما ضمان الوارث فلأن ماتصرف فيه حيث يتلف الباقي كأن يتعين للقضاء لو كان باقيا وحيث تصرف فيه الوارث وجب ضمانه لانه انما يستقر استحقاقه اياه بعد وفاء الدين

وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بأن كان قد باع متاعا واكل ثمنه ورد بالعيب او تردى في بئر حفرها عدوانا او سرت جنايته بعد موته احتمل فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبه الدين المقارن وعدمه فان ادى الوارث الدين والا فسخ التصرف (متن)

وهو تفريع على ماسبق أيضا وهذا ما أشرنا اليه آنفا من انه يدل على تعلق الدين بجميع التركة والا فكيف يتعلق بما يمتنع حدوث تعلقه به ليجب بدله حيث تعذر وأما الوجه في أنه اذا أعسر أن يتسلط المدين على الفسخ فلان تصرفه انما جاز بشرط الاداء ويحتمل العدم لتسويغه وثبوت الاذن فيه وقد امتنع التعلق بخروجه عن الملك ودخوله في ملك آخر والصحيح الاول على تقدير الجواز وهذا أيضا مما يدل على تعلق الدين بجميع التركة وان قل وخيرة الايضاح المنع من التصرف مطلقا والضمان به وان لم يكن ناقلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلى القول ببطلان تصرف الوارث لو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف الولي ثم ظهر دين بان كان قد باع متاعا وأكل ثمنه ورد بالعيب أو تردى في بئر حفرها عدوانا أوسرت جنايته بعد موته احتمل فساد التصرف لتقدم سبب الدين فأشبه الدين المقارن ﴾ يريد انه لما كان في هذه الفروض الثلاثة عهدة على الميت ودرك لان كان المبيع معيبا والحفر في طريق المسلمين أو ملك الغير عدوانا بمعنى انه لا لمصلحة المسلمين ومن دون اذن المالك والجناية في محل السراية وتلك العهدة وذلك الدرك كانا متعلقين بذمة الميت قبل موته ولما مات تعلقا بالمال قام احتمال فساد التصرف لتقدم سبب الدين فيكون ذلك بمنزلة تقدم الدين فيكون كالدين المقارن في بطلان التصرف في التركة معه . ضعف في الايضاح وجامع المقاصد بان تقدم السبب لايقتضي تقدم المسبب والمنع من التصرف انما هو مع وجود الدين لا لحدوثه لسبق وجود سببه فلا يمكن ان يقال ان الوارث ممنوع من التصرف هنا بمجرد وجود العهدة اذ لا دين ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة (قلت) ماأشبهه بما اذا باع المشتري أو وقف أو وهب في مدة خيار البايع فانهم قالوا لاينفذ الا باذن البايع والغرض ان هذا الاحتمال ليس بتلك المكانة من الضعف بل لعله أقوى من الثاني كما ستسمع وقولكما انه لايمكن أن يقال ان الوارث ممنوع من التصرف (فيه) انا لانمنعه من التصرف وانما نقول بفساده بعد حدوث الدين فلا منع ولا ضرر ويأتي تمام الكلام ثم عد الى عبارة الكتاب فقد قال في (جامع المقاصد) لو سكت عن قوله ظاهر في قوله لو لم يكن في التركة دين ظاهر لكان أولى اذ ليس في هذا الفرض دين ظاهر ولاخفي (قلت) المراد ظاهر اذ المراد دين بالفعل وفي الحال وقال في قوله لو ظهر دين لو قال بدله ثم حدث لكان أولى قلت هو المراد وعبر بالظهور لمكان وجود سببه فلعل الظهور بملاحظة ذلك أولى وقال في قوله وأكل ثمنه لايحتاج الى تقييده بكون الميت أكل الثمن بل يكفي تصرف الوارث في الجميع (قلت) كلام المصنف يتم في جميع الصور اعني مااذا تصرف الوارث في البعض أو الجميع وكلام الشارح لايتم فيما اذا كان الثمن عينا وتصرف فيما عداها ويعرف حينئذ ماذكره الشارح من كلام المصنف بالفحوى والامر سهل أو نروي أكل للبناء للمجهول وأنت خبير بان الاصح على مااخترناه في باب القصاص ان السراية كاشفة فلا تكون من سنخ الفرضين الآخرين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه فان أدى الوارث الدين والا فسخ التصرف ﴾ أي يحتمل عدم

وعلى كل حال فللوارث امساك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله (متن)

فساد التصرف في المسائل الثلاث فعلى هذا ان أدى الوارث الدين فلا بحث والا فسخ المدين التصرف أعني البيع مثلا توصلا الى أخذ دينه من التركة وفي (الايضاح) انه الاقوى وفي (جامع المقاصد) أنه الاصح لعموم أوفوا بالعقود ولتعلق حق ثابت بالمبيع حين لم يكن حق آخر ولا مانع من صحة التعلق فابطاله يحتاج الى دليل قلت يلزم مثل ذلك حرفا بحرف فيما اذ باع المشتري في زمن خيار البايع من دون تفاوت فتقدم السبب لخيار البائع حق آخر مانع من صحة التعلق فلا ينفع التعلق بالعموم فكان الاحتمال الاول أشبه على القول ببطلان التصرف على أن في قولهم ومقتضى العهدة وجوب تعلق الحادث بالتركة مايرشد الى ذلك فتأمل وكأنه اشتبه الحال على الشارحين حيث ظنا أنه يستلزم المنع من التصرف كالدين الموجود وليس كذلك والفرق بينهما ان الدين الحاضر على هذا القول يمنع من التصرف و يبطله والدين الحادث لا يمنع من التصرف لكنه يبطله فحاله كحال بيع المشتري في زمن خيار البائع بل قد جوز جماعة له الوطئ في زمان الخيار وهو الاقوى ولذا ترى المصنف قال وعلى القول ببطلان تصرف ولم يقل على القول بمنعه من التصرف فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ وعلى كل حال فللوارث امساك عين التركة وأداء الدين من خالص ماله ﴾ قد قدمنا في باب الرهن ان الخصوم متسالمون في جميع الاحوال أي على تقدير الاستيعاب وعدمه وعلى الاحتمالات الثلاثة في التعلق وعلى تقدير انتقالها الى الورثة أو بقائها على حكم مال الميت على ان المحاكمة للوارث فيما يدعيه لمورثه وما يدعى عليه وانه لو أقام شاهدا حلف هو دون الديان وان الورثة أولى وأحق بأعيان التركة لأنها لا تنتقل الى الغرماء اجماعا وهل تتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة الاقرب المنع كما في (الايضاح وجامع المقاصد) وقد بينا في باب الرهن ان من قال بأن التركة تبقى على حكم مال الميت استدل عليه فيما استدل باستمرار الطريقة على دفع النماء في الدين اذ لو اقتصر مقتصر على دفع الاصل في الدين دون النماء لانكروا عليه (واحتج) الشارحان على المنع بأن الملك يمتنع بقاؤه بغير مالك والميت يمتنع تملكه لانتفاء لوازم الملك عنه من عدم ثبوت الزكوة عليه ونحوه فالمقتضي لتملك الوارث موجود وهو الموت والمانع ليس الا تعلق الدين بالتركة وهو لا يصلح للمانعية لعدم المنافاة ولم يبق الامفهوم الآية الشريفة وهو ضعيف (قلت) قد عرفت أنه في السرائر قال لاخلاف في أن التركة لاتدخل في ملك الوارث ولا الغرماء بل تبقى موقوفة على قضاء الدين وقد قال الله سبحانه وتعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ولقد تكررت هذه الكلمة الشريفة في حديث واحد من دون تقادم عهد أربع مرات وما كانت عادته جل شانه في بيان الاحكام ذلك بل يجمل ويحيل وقد استدل بها جماعة كالشيخ وابن ادريس وفخر الاسلام والشهيد وغيرهم على عدم انتقال المال الى الورثة اذ المتبادر منها انما هو الملك والاستحقاق مثل المال لزيد ومن ثم ترى النحاة يسمون هذه اللام لام الملك فالحمل على استقرار الملك اعراض عن الظاهر الى التأويل من دون دليل واضح ولا ريب أن الظاهر ان الظرف لغو لا حال من الثلث مثلا حتى يكون المعنى لكل ما وظف له بالفرض أو غيره بعد الوصية والدين والكون أعم من الملك فيجوز أن يكون المعنى أن ذلك يكون لهم بعد الامرين على وجه الاستقرار بعد أن كان متزلزلا فقد صح لنا أن نقول ان المعلق في الآية الشريفة اما الملك أو جواز التصرف أو هما معا أولا واحد منهما والاخير باطل كالثالث لأنه

وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي (متن)

يستحيل تعلق الملك على بعدية الدين مع بقاء جواز التصرف مطلقا أي أي تصرف كان حتى يكون المعنى في أحد الوجهين أنه لا يملك الا بعد الدين ويجوز له التصرف قبله فتعين أحد الاولين ويدفع الثاني ظهور الملك والاستحقاق من اللام وعدم تبادر كون الظروف حالا من الانصباء والتقدم في قوله جل شأنه من بعد وصيته هو التقدم الذي أراده المتكلمون وهو أن المتاخر لا يجامع المتقدم كتقدم عدم الحادث على وجوده وتقدم بعض أجزاء الزمان على بعض فلا يثبت ملك أو جواز تصرف حتى ينتفي المتقدم فكانت دلالة الآية من المنطوق لا من المفهوم كقولنا يملك المبيع بعد العقد واذا سلم عليك فرد عليه السلام واذا باعك فاشتر هذا كله مضافا الى الخبرين وقد سمعتهما آنفا وقد ذهب ناس الى أن الميت يملك على الحقيقة كالمحقق في الشرائع في باب القصاص فيما اذا شهد الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال والشهيد الثاني في وصايا الروضة ومال اليه الفخر في ميراث الايضاح بل قالوا قد يتجدد له الملك كملكه لديته ولما يقع في شبكته وكأنهم استندوا الى أنهم أجمعوا على أن ديونه تقضى من ذلك وتنفذ وصاياه ولا طريق له الا الملك والحق ان ذلك كله على حكم ماله بحكم الدليل الذي دل على ذلك أي ان الميت في حكم المالك لعصمته به عن تعلق ملك غيره به وصرفه في مصالحه وأنى يملك الميت وبالموت تزول عنه الاملاك وأما اجماع جامع المقاصد في وصاياه على أن المال لا يبقى بلا مالك فلعله أراد ما اتفق العلماء على نفيه من انه لا يبقى بلا مالك ولا من هو في حكمه والا فكيف يتم له ذلك والا كثرون من القدماء على أن التركة لا يملكها الوارث اذا أحاط بها الدين لكن كلامه في الوصايا صريح في أن المال لا بد له من مالك حقيقة فلا يجدي هذا التأويل في كلامه وهو مما يفت في عضد اجماعه على انه معارض باجماع السرائر وقد سمعته وقد أطبقوا على أن من مات ولا وارث له الا مملوك انه يشترى من التركة و يعتق ليرثها وقد بقي المال في هذه المدة بلا وارث ومثله مالو أوصى بصرف مال معين في الصلوة أو الصيام أو الحج أو شراء الحص لبناء القناطر ونحو ذلك وهو كثير (وقد أجاب) عن الوصايا المذكورة بأن المال الموصى بصرفه في ذلك ملك الورثة وهو كما ترى وماذا يقول في مال من مات ولا وارث له وقد أشبعنا الكلام في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتحسب من التركة الدية في الخطأ والعمد ان قبلها الوارث ولا يلزمه ذلك وان لم يضمن الدين على رأي ﴾ أما ان الدية تحسب من التركة فتقضى منها الديون والوصايا فقد طفحت به عباراتهم في مواضع من باب القصاص وفي باب الميراث وفي باب الديون والرهن والحجر وانعقدت عليه اجماعاتهم ودلت عليه دلالة صريحة رواياتهم كخبر يحيى الازرق و روايات أبي بصير وخبر عبد الحميد بن سعيد حيث سأل الرضا عليه السلام عن رجل قتل وعليه دين ولم يترك مالا وأخذ أهله الدية من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين قال نعم الحديث فالقول الشاذ الذي لا نعرف قائله بأن الدية لا تصرف في الدين لتأخر استحقاقها عن الحيوة لا يلتفت ومثله الفرق بين دية الخطأ ودية العمد اذا رضي بها الوارث فتقضى من الاولى ديونه ووصاياه دون الثانية فانه اجتهاد في مقابلة الاجماع والفتاوي والاخبار المطلقة وخصوص روايات أبي بصير وخبر عبد الحميد وعبد الحميد يحتمل اتحاده مع

عبد الحميد بن سعد ومع عبد الحميد بن سالم الذي وثق في ترجمة ابنه محمد وكيف كان فرواية صفوان عنه تشير الى الاعتماد عليه وقد أجهد بن ادريس نفسه في رد هذا الخبر ولم يطعن فيه من جهة السيد وكذلك المصنف في المختلف كما يأتي في المسئلة الآتية (وأما انه) للوارث القصاص وان لم يكن له مال ولم يكن عليه ضمان الديون وغيرها فهو خيرة قصاص السرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والروضة والمسالك وخيرة الايضاح وجامع المقاصد في المقام وهو ظاهر كلام المبسوط أو صريحه وهو الاشهر كما في المسالك والمفاتيح وعليه الحليون كما في الدروس والاجماع ظاهر السرائر أو صريحها كما انه أي الاجماع ظاهر نكت النهاية وكذا المختلف والمخالف أبو علي والقاضي والتقي والصهرشتي والكيدري وصفي الدين محمد بن معد العلوي حيث قالوا فيما حكي عنهم ان ليس للاولياء القود الا بعد ضمان الديون قلت وهو خيرة النهاية وفي (الغنية) الاجماع عليه وفي (المبسوط) انه الذي رواه أصحابنا ونسبه في الدروس الى المشهور وكأنه مال اليه فيه وفي غاية المراد ونقل القولين في اللمعة من دون ترجيح وحكى علي أن منصور الطبرسي انه اذا بذل القاتل الدية لم يكن للاولياء القود الا بعد ضمان الديون وان لم يبذلوا جاز لهم من دون ضمان (وليعلم) أن القائل بعدم جواز القود بدون الضمان لعلهم لا بد لهم أن يقولوا بالاولوية ونحوها بعدم جواز العفو بدونه أيضا وقد حكم في المبسوط في أول كلامه بأن لهم القصاص والعفو على مال و بدونه وصورة عبارة النهاية لم يكن لاوليائه القود الا بعد أن يضمنوا الدية عن صاحبهم فان لم يفعلوا لم يكن لهم القود وجاز لهم العفو بمقدار مايصيبهم ولعله أراد انه ان كانت الدية أزيد من الدين جاز لهم العفو بمقدار نصيبهم الزائد وقد نسب المصنف والشهيد كلام النهاية الى الجماعة الذين ذكرناهم آنفا وفيه مسامحة لانهم لم يتعرضوا لجواز العفو لهم بمقدار نصيبهم (حجة الاولين) الاصل بمعنيين والعمومات من الكتاب والسنة الدالة على ثبوت القصاص مطلقا سواء كان المقتول مديونا معسرا أم لا من دون ايجاب ضمان (واحتج) الشيخ ابن ادريس بخبر عبد الرحمن بن سعيد وقد سمعته ثم قال في السرائر ليس في الحديث اذا سلم ماينافي ماقلناه لانه ماقتل عمدا وانما قال أخذ أهله الدية وهذا يدل على ان القتل كان موجبه الدية فيكون خطأ ثم قال فان قيل قد قال في الخبر فأخذ أهله الدية من قاتله ولو كان خطأ محضا ماأخذوها من القاتل وأجاب بأنه هنا عمد شبيه الخطأ (وأجاب في المختلف) بأنا نقول بموجبه فان الورثة لو صالحوا على الدية وجب قضاء الدين منها وفي (غاية المراد) الحق في الاحتجاج رواية أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله فقال ان أصحاب الدين هم الخصماء فان وهب أولياؤه دمه للقاتل فجائز وان أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرماء وحكي عن المحقق الاستدلال بها للشيخ (قلت) قد أوردنا على الاستدلال بها وجوها ذكرناها في باب القصاص وقد استوفينا الكلام هناك أكمل استيفاء وقد تقدم شرحه ومن الوجوه انها معارضة بخبري أبي بصير أيضا وانه يبعد الفرق بين الهبة والقود وانه لم يظهر لنا الوجه في قوله عليه السلام أصحاب الدين هم الخصماء وان متعلق الهبة غير المال وهنا تعلقت بغير عين ومال وهو الدم والحاصل ان هذه الروايات لم تتفق اثنتان منها على حكم ولم تدل واحدة على مختار النهاية فلتحمل على التقية والشهرة معارضة بمثلها والاجماع بمثله ويزيد الاول بنسبة المحقق قول الشيخ في النهاية الى الندرة وتمام الكلام في القصاص فانه مستوفى أتم استيفاء

﴿الفصل الخامس﴾ في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه فصار ماله فلوسا وزيوفا وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله وهو لا مال له (متن)

﴿قوله﴾ ﴿الفصل الخامس في المفلس وفيه مطالب الاول المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه فصار ماله فلوسا وزيوفا﴾ هذا تعريفه لغة ونحوه مافي الشرائع وهو معنى مافي المبسوط من ان المفلس لغة هو الفقير المعسر وهو مشتق من الفلوس وكأن معناه فني خيار ماله وجيده و بقي معه الفلوس ونحوه مافي التحرير من انه مأخوذ من الفلوس التي هي آخر مال الرجل وقال في (التذكرة) الافلاس مأخوذ من الفلوس وقولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أي صار أصحابه خبثا لان ماله صار فلوسا و زيوفا ولم يبق له مال خطير وقولهم أذل الرجل أي صار الى حالة يذل فيها وكذا أفلس أي صار الى حالة يقال فيها ليس معه فلس أو يقال لم يبق معه الا الفلوس أو كقولهم أسهل الرجل وأحزن اذا وصل الى السهل والحزن لانه انتهى أمره الى الفلوس والاصل أن المفلس في عرف اللغة هو الذي لا مال له ولا مايدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم أتدرون ما المفلس قالوا يارسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال ليس ذلك المفلس ولكن المفلس يأتي يوم القيامة حسناته أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيآتهم فيرد عليه ثم صك في النار وفي (القاموس) أفلس اذا لم يبق معه مال فكأنما صارت دراهمه فلوسا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس وفلسه القاضي تفليسا حكم بافلاسه ﴿قوله﴾ ﴿وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له﴾ أي لان السالبة لا تستدعي وجود الموضوع بخلاف قولنا لا مال له لأنه سالبة كلية بل المدار على العرف وهذا التعريف نسبه في المسالك الى أكثر الفقهاء منا ومن العامة وهو شامل لغير المحجور عليه كالصبي اذا استدان له الولي الى هذه المرتبة وكذا السفيه وكذا المديون كذلك قبل الحجر مع أن واحدا من هؤلاء لا يعد مفلسا شرعا اذ التفليس انما يكون بحكم الحاكم والحجر بالفلس لا يثبت الا بحكم الحاكم اجماعا كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد وستسمع مافي المسالك وفي (المبسوط) المفلس في الشريعة هو الذي ركبته الديون وماله لا يفي بها وهو يعطي أن له مالا لكنه لا يفي لانها معدولة بل المدار على العرف وهو معنى مافي (التذكرة والتحرير) انه في الشرع اسم لمن عليه ديون لا يفي ماله بها لكنه نسبه الى القيل في التذكرة وقال انه يشمل من لا مال له البتة ومن له مال قاصر وفيه نظر ظاهر وتفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة يوافق مافي المبسوط وعرفه في الشرائع بأنه هو الذي جعل مفلسا وفسره بأنه منع من التصرف في أمواله ولا يخفى أن المنوع من التصرف في ماله أعم من المفلس بل من الستة التي عقد لها كتاب الحجر ثم ان كلامه أي المحقق يؤذن بأنه لا يسمى مفلسا شرعا حتى يحجر عليه لاجل الفلس بل في كلامه أن تفليسه هو الحجر عليه كما يقال فلسه القاضي اذ جعله وصيره مفلسا وكلامهم في الباب مختلف فمنهم من جعل التفليس هو الحجر المذكور كالمحقق الاول والثاني وهو الظاهر من كلام المصنف كما ستسمع فقبل الحجر لا يسمى المديون مفلسا عندهما وان استغرقت ديونه أمواله وزادت عليها ومنهم من اعتبره مفلسا متى كان كذلك وان لم يحجر عليه ولهذا يقولون الفلس من أسباب الحجر و يقولون لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم

فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلولها وقصر ما في يده عنها والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم (متن)

تترتب الاحكام و يقولون شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء له الى غير ذلك من الاحكام التي صار هذا الاسم بسببها حقيقة لكثرة استعمال الفقهاء له لهذا المعنى واطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز اما بما يؤول اليه او باعتبار المعنى اللغوي بعيد كذا قال في المسالك وقال في مقام آخر عند قوله في الشرائع لا يجوز حبس الغريم أن المديون المعسر مفلس ورده المقدس الاردبيلي بأن كون المديون المعسر مطلقا مفلسا غير ظاهر شرعاً ولغة وقال في (المسالك) أيضاً أن الحق أن الفلس سابق على الحجر ومغاير له وهو أحد اسبابه كما ذكروه لاعينه ولا الحجر جزء مفهومه نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس كما يقال فلسه القاضي لكنه من باب اطلاق أسم السبب على المسبب قال وعلى هـذا لامانع من اجتماع الفلس والصغر كما اذا استدان الولي للصبي الى هذه المرتبة وكذا السفيه ولا يمنع من ذلك عـدم حجر الحاكم على الصبي للفلس لانه ليس شرط في تحقق مفهومه شرعا وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم من وجه يجتمعان فيمن عليه الدين ولا مال له وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد على ماله وعلى ما يظهر من تعريف المحقق يكونان متباينين ومرادهم بالمعنى الشرعي في المقام اما الحقيقة الشرعيـة أو ما ذكرناه في باب الرهن وقد اسبغنا الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه ﴾ أي يحجر على من لا مال له أصلا ويكون الحجر في المتجدد من أمواله الحاصلة من معاملة وغيرها كما صرح بذلك ايضاً في التذكرة ويأتي تمام الكلام وهذا يدل على ما اشرنا اليه آنفا من أن معنى الفلس شرعا لا يتحقق الا بالحجر من الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والفلس سبب في الحجر بشروط خمسة المديونية وثبوت الدين عند الحاكم وحلوها وقصور ما في يده عنها والتماس الغرماء الحجر أو بعضهم ﴾ يريد أن الفلس سبب في انه يجب على الحاكم أن يحجر على المفلس بالشروط الخمسة وقد استدل عليه أي الوجوب في الخلاف باجماع الفرقة واخبارهم وقال أيضاً في مقام آخر عندنا أن للحاكم أن يحجر على من عليه الدين وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز له الحجر عليه بل يحبسه ابدا الى أن يقضيه (دليلنا) اجماع الفرقة واخبارهم قال وقد أوردناها فيما مضى وقد استدل فيما مضى بخبري غياث ابن ابراهيم واسحق ابن عمار (قلت) اما خبر غيات فقد رواه عن جعفر عن ابيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله الحديث واما خبر اسحق فقد تضمن أنه عليه السلام كان يحبس الرجل اذا التوى على غرمائه فتأمل وفي (الغنية) يجب على الحاكم الحجر عليـه بشروط أربعة ثم ذكر احكاما كثيرة وادعى أجماع الطائفة وروى في التذكرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بالتماسه فلا يلتفت الى قول من قال أن الذي دلت عليه اخبار الباب انه بعد رفع الأمر الى الحاكم يقسم أمواله بين الغرماء أن وجد له مال وانه لم يحجر الامام عليه ولم يأمر به فكيف يسوغ لنائبه وهو الفقيه أن يفعل ذلك مع انه هو بنفسه قال أن المشهور بين الاصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف بينهم أن المفلس يجب الحجر عليه كما يحجر على الصبي والسفيه والمجنون وستسمع كلام المقدس الاردبيلي

ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون (متن)

ومنه أخذ القائل وقد جعل المصنف هنا وفي التذكرة الشروط خمسة والا كثر انما ذكروا الأربعة الأخيرة كالشيخ وأبن زهرة والمحقق والمصنف في التحرير والارشاد وغيرهم ولعلهم انما تركوا الاول لاستغنائهم عنه بثبوت الدين عند الحاكم فانه فرع المديونية كما انهم تركوا ما اذا لم يكن في يده شيء لعدم وجوب التحجير عليه حينئذ ويأتي بيان الحال في المتجدد والمقدس الاردبيلي بعد ان ذكر هذه الشروط وما يترتب عليها من الاحكام كمنعه من التصرف المالي في الموجود والمتجدد ونحو ذلك قال لعل دليل هذه الاحكام كلها الاجماع ولعل لهم بعض الاخبار من العامة والخاصه وما وقفنا عليها (قلت) هذه الشروط وما يتفرع عليها كلها قد قام الدليل عليها من أجماع أو غيره اما الشروط فقد حكى عليها الاجماع في الخلاف وظاهر الغنية و بيان الدليل (والوجه) فيها على التفصيل أن نقول اما اشتراط كون ديونه ثابتة عند الحاكم فوجهه ظاهر لان الحجر انما يقع من الحاكم أجماعا وحينئذ فلا بد من ثبوت الديون عنده وأما كونها حالة فلانه مع كونها مؤجله لا وجه للحجر عليه لعدم أستحقاق المطالبة وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة فلا وجه لتعجيل العقوبة وأما اشتراط كون أحواله قاصرة فلأنها لو كانت زائدة أو مساوية فلا حجر عليه أجماعا كما في التذكرة في موضعين منها والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة بل يطالب بالديون فأن امتنع تخير الحاكم بين حبسه الى أن يقضي بنفسه و بين أن يقضي عنه من ماله ولو يبيع ما خالف الحق ولا فرق في ذلك بين من ظهرت عليه امارات الفلس مثل أن تكون نفقته من رأس ماله أو يكون ما في يده بازاء دينه ولا وجه لنفقته الا ما في يده ومن لم تظهر كمن كان كسوبا ينفق من كسبه خلافاً للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في أحد اقواله وعلى من ظهرت عليه امارات الفلس في اخر ووافقنا في ثالث واما اشتراط التماس الغرماء أو بعضهم فلأنه ليس للحاكم أن يتولى ذلك من دون طلبهم لانه حق لهم وهو لمصلحة الغرماء والمفلس وهم ناظرون لانفسهم لا حكم للحاكم عليهم نعم لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولاية كان له الحجر لانه الغريم في الحقيقة فله التماس ذلك من نفسه وفعله كما لو كانت لمجانين أو أطفال أو لمحجور عليهم بالسفه وكان وليهم الحاكم هذا اذا التمس الكل واما اذا التمس البعض فانما يحجر عليه اذا كانت ديون ذلك البعض لا يفي ماله بها كما يأتي لانتفاء بعض الشروط لو وفى بها لان دين غير الملتمس ليس للحاكم الحجر لاجله فهو بالنسبة الى الحجر بمنزلة المعدوم فاذا حجر لاجلهم لم يختص الحجر بهم بل يعم أثره الجميع واما اذا كانت ديونه أي البعض الملتمس تفي بها ولم تكن زائدة على أمواله فقد قرب في التذكرة جواز الحجر وأنه لا ينتظر التماس الباقين لئلا يضيع على الملتمس ماله وفي (جامع المقاصد) أن عموم الحجر للجميع لا يكاد يخرج الا على هذا الوجه وفي هذا الوجه قرب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتسب من جملة ماله معوضات الديون ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد نبهوا بذلك على خلاف بعض العامة حيث زعم أنها لا تقوم لان لأربابها الرجوع فيها فلا تحتسب من ماله ولا عوضها عليه من دينه والشيخ في المبسوط اقتصر على ذكر الوجهين من دون ترجيح والمراد بها الاموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته كالاعيان التي اشتراها واستدانها وأنما أحتسبت من جملة أمواله لانها ملكه الآن وان كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطالبوا وكما تحتسب من أمواله تحتسب اعواضه من جملة ديونه وضمير أمواله يعود الى المديون الذي يراد تعلق الحجر به لدلالة المقام عليه ﴿ قوله ﴾

ولو حجر الحاكم تبرعا لظهور امارات الفلس أو لسؤال المديون لم ينفذ نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغياب ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شئ ولا يدام الحجر عليه لاربابها كما لا يحجر بها ابتداء اما لو سأل بعض أرباب الديون الحالة حجر عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع (متن)

﴿ ولوحجر الحاكم تبرعا لظهور امارات الفلس أو لسؤال المديون لم ينفذ ﴾ أما الاول فالظاهر أنه محل وفاق اذ لم أجد فيه مخالفًا حتى من العامة بل الظاهر أنه لا يجوز له ذلك وأما الثاني فلا أجد فيه مخالفا الا ما ذكره في التذكرة كما ستسمع وفي (المسالك والكفاية) أنه المشهور لان الحجر عقوبة والرشد والحرية ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق بالتماس الغرماء كذا قال الشافعي في أحد وجهيه ووافقه جماعة من أصحابنا في التوجيه المذكور والاصل فيه الاجماع كما عرفت آنفا وقد تقول يجوز له ذلك لا على وجه الالزام بل نظر لمصلحته وقال في (التذكرة) الاقرب عندي جواز الحجر عليه لان في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء وكما أجبنا الغرماء حفظا لحقوقهم كذا يجب أن يجاب المفلس تحصيلا لحقه وهو حفظ أموال الغرماء ليسلم من المطالبة والاثم وقد روي أن حجر النبي صلى الله عليه وسلم على معاذ كان بالتماس من معاذ دون طلب الغرماء وهو أحد وجهي الشافعي والحجة أعتبارية والخبر لاجابر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ نعم يحجر الحاكم لديون المجانين والايتام دون الغياب ﴾ اما تحجيره لديون المجانين والسفهاء اذا كان له الولاية عليهم فقد تقدم بيانه واما عدم تحجيره لديون الغياب فلان الحاكم لا يستوفي ما للغياب في الذمم بل يحفظ أعيان أموالهم كما في التذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان بعض الديون مؤجلا فان كانت الحالة يجوز الحجر بها حجر مع سؤال أربابها والا فلا ثم يقسم في ارباب الحالة ولا يدخر للمؤجلة شيء ولا يدام الحجر عليه لاربابها كما لا يحجر بها ابتداء ﴾ لو كان بعض الديون حالا والباقي مؤجلا فان وفت أمواله بالديون الحالة فلا حجر لعدم اعتبار الديون المؤجلة وان قصرت وجب الحجر واذا حجر عليه بالديون الحالة لم تحل عليه الديون المؤجلة لان المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مدة الاجل بخلاف الميت فانه لا يتوقع منه اكتساب ولانه دين مؤجل على حي فلا يحل قبل اجله كغير المفلس بخلاف الميت فان ذمته قد بطلت وليس الافلاس سببا في تعلق الدين بالمال كالموت لما عرفت من الفرق كما ان الجنون عندنا لا يوجب الحلول فتقسم أمواله بناء على عدم حلول المؤجلة على الديون الحالة ولا يدخر شيء لاصحاب المؤجلة وان كان في الديون المؤجلة ما كان ثمن مبيع وهو قائم عند المفلس بل يقسم على الديون الحالة ولا يدام الحجر عليه بعد القسمة لاصحاب الديون المؤجلة كما لا يحجر بها ابتداء لعدم استحقاقهم المطالبة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو سأل بعض أرباب الديون الحالة حجر عليه ان كان ذلك البعض يجوز الحجر به ثم يعم الحجر الجميع ﴾ قد سمعت آنفا ما قاله في التذكرة من أنه لو لم تكن ديون السائل زائدة على أمواله فالاقرب جواز الحجر وما أيده به في (جامع المقاصد) والوجه في أن الحجر يعم الجميع ان الجميع مستحقون للمطالبة كما أنها جميعها ثابتة فلا يختص بأمواله من انفرد بالالتماس ومن ثمة لو ظهر

ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه وكذا غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملوه ثم للحجر أحكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس ﴿ المطلب الثاني ﴾ في المنع من التصرف ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر (متن)

غريم سابق على الحجر شارك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ساوى المال الديون والمديون كسوب ينفق من كسبه فلا حجر بل يكلف القضاء فان امتنع حبسه الحاكم أو باع عليه ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذ غير الكسوب الى أن يقصر المال وان قل التفاوت ﴾ يريد أن غير الكسوب لا يحجر عليه الى أن يقصر المال عن الديون ولو قليلا وهو معنى قوله وان قل التفاوت فيحجر عليه عند القصور لا قبله والمخالف بعض العامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويستحب اظهار الحجر لئلا يستضر معاملوه ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة قال في الاخير يستحب للحاكم الاعلام بالحجر والنداء على المفلس ويشهد الحاكم عليه بانه قد حجر عليه والاعلان بذلك بحيث لا يستضر معاملوه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم للحجر احكام أربعة منعه من التصرف وبيع ماله للقسمة والاختصاص والحبس ﴾ كما في التذكرة والارشاد وجعل الرابع في التحرير المنع من حبسه لا حبسه كما هنا واقتصر في الشرائع على الثلاثة الاول وهي التي عدها في المبسوط ثلاثة وذكر الحبس بعنوان آخر ولم يتضح لنا الوجه في جعل الحبس من أحكام المفلس فان المفلس هو الذي حجر عليه الحاكم ومنعه من التصرف ولا معنى لحبسه ولا لمطالته ولا لبيعه نفسه ولا البيع عليه والحاصل أن الحبس مخصوص بغير المفلس اذ لا خلاف على الظاهر في تحريم حبس المفلس بل ومطالبته وأذاه فقوله في المسالك في مناقشة الشرائع في أواخر الباب ولا يختص هذا الحكم بالمفلس غير جيد بل ولا صحيح لانه خاص بغير المفلس وقد سمعت ما في التحرير كما قد عرفت أن الشيخ والمحقق غير الاسلوب وتركا ذكر الحبس والامر واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ المطلب الثاني في المنع من التصرف ويمنع من كل تصرف مبتدأ في المال الموجود عند الحجر بعوض أو غيره ساوى العوض أو زاد أو قصر ﴾ هذا نبه عليه في المبسوط وأشار اليه في الشرائع وبعد ضم كلاميهما من أطرافهما بعضه الى بعض يوافق ما في الكتاب وبه صرح في التحرير والارشاد والروضة وكذلك المسالك واللمعة ومجمع البرهان وفي الاخير لعل دليل الكل الاجماع وظاهر الخلاف وكذا الغنية الاجماع على منعه من التصرف بماله بما يبطل حق الغرماء واحترز بالتصرف المبتدأ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار لانه ليس بابتداء تصرف بل هو أثر أمر سابق على الحجر وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة أم يجوز اقتراحا الاقوى الثاني كما هو خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني وهو قضية كلام الشرائع وبه صرح في المبسوط وكذا التحرير نظرا الى أصل الحكم وان تخلفت الحكمة (قلت) قد نص في التذكرة والكتاب فيما يأتي والارشاد ان الغبطة تعتبر في الثاني دون الاول قال في (التذكرة) ان له الرد بالعيب ان كانت الغبطة في الرد وان كانت الغبطة في ترك الرد بأن كانت قيمته مع العيب أكثر من ثمن المثل لكن له الرد لما فيه

من تفويت المال بغير عوض وفرق الشهيد في حواشيه بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف العيب وفي (جامع المقاصد والروضة) أن فيه نظرا بينا لان كلا منهما ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة وان كانت الحكمة المسوغة له هي المصلحة أي مصلحة صاحب الخيار والاجماع على جواز الفسخ بالعيب وان زادت القيمة فضلا عن الغبطة فيه (وفي مجمع البرهان) ان الفرق غير واضح (قلت) ماذكراه في وجه النظر لا يدفع الفرق لانه وان كان ثبوت الخيار بأصل العقد وان الحكمة المسوغة للخيار مطلقا انما هي لمصلحة صاحبه لكن جهات المصلحة متغايرة فالخيار الاصلي كخيار الشرط والحيوان لم يتقيد بشيء كخيار الغبن والعيب فان الاول مقيد بالضرر والثاني بالنقص بل له في الاول اختيار أصل العقد وعدمه بخلاف الثاني فان حق الغرماء متعلق بخيار الحيوان مثلا تعلقا ضعيفا جدا لان العقد من أحله متزلزل بخلاف خيار العيب فان تعلق حقهم فيه أقوى فانه مع ارادته أي المفلس الاختيار فيه يراعى فيه مصلحة ماله لئلا يفوت منه شيء أو يأخذ الناقص كما حكيناه آنفا عن التذكرة فهذه المصلحة غير الاولى فقول الشهيد ان الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها أراد به مصلحة الغبن والعيب والفرق واضح يفيد اعتبار الغبطة في الثاني أي العيب دون الاول فقول المعترض في وجه النظر ان كلا منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة ليس بتام وما فرضه من أنه يمكن أن تكون قيمة المبيع مع كونه معيبا أزيد من الثمن ومع ذلك يجوز فسخه اجماعا بالعيب هو الوجه في اثبات الخيار كما عرفت ومن ثم قيل هنا باعتبار الغبطة في الثاني وهو عين المدعى فليتأمل في ذلك كله جيدا والمناسب في بيان المنع أن يقال ان الاجماع منعقد على جواز البيع بأزيد من القيمة أو أنقص منها فتحرى رعاية الغبطة في الاول أيضا لوجود العلة (ويمكن الجواب) بأنه ان كان عالما بها وقت البيع فهو كالهبة وان لم يعلم بها فهو داخل في الثاني لوجود الغبن نعم لو كانت الزيادة في طرفه أشكل الفرق بينهما والفسخ حينئذ مطلقا فليتأمل جيدا ولعله من هنا قال في مجمع البرهان ان الفرق المذكور غير واضح هذا والمصنف في آخر كلامه في التذكرة مال الى عدم الفرق بين الخيارين انتهى وينبغي النظر في معنى الغبطة وعدمها ولعل عدمها مقيد بما اذا لم يصر به سفيها وان ذلك لمعتبر بالرد بالعيب وغيره وقد عرفت أن كلمة من تعرض لهذا الفرع متفقة على أن له اجازة البيع وفسخه وعلى الفرق بين الابتداء والاستدامة (وقد يقال) ان سبب الحجر في الابتداء موجود في الاستدامة وهو حفظ مال الديان فكما منعه الحاكم عن البيع في الابتداء لذلك وجب عليه أن يمنعه في غيره مع اشتماله على عدم الغبطة فسند الاجماع هنا أيضا موجود ومجرد وجود سببه حال عدم الحجر لا يقتضي ذلك مطلقا حتى مع وجود الدليل على عدمه ولذلك قال المقدس الاردبيلي لا أعرف الفرق بين منعه من البيع وبين منعه من فسخه فان كلا منهما تصرف مالي موجب لفوات مال الديان فلا يبعد أن يكون المدار في غير الابتداء مطلقا على المصلحة والوجه الذي ذكره في التذكرة في مراعاة الغبطة في خيار العيب جار في غيره وقد سمعته آنفا ويمكن أن يجعل الظرف في العبارة وهو عنه متعلقا بكل من تصرف والموجود ليحسن كونه احترازا عن التدبير والوصية والجماعة احترزوا عنهما بوصف التصرف بالمنافي لحق الغرماء لأنهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين فتصرفه في ذلك ونحوه جائز اذ لا ضرر فيه على الغرماء اذ التدبير اما وصية أو في معناها وقوله بعوض وغيره يتعلق بتصرف ولا يتفاوت الحال بزيادة العوض وعدمها عينا كان أو منفعة لتعلق الحجر

فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص في العفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع وكذا مايصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية ولا ما يصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لا ضرر فيه في الغرماء أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده غير مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الابراء أو غيرهما نفذ (متن)

مع الجميع ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا يمنع مما لا يصادف المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو واستلحاق النسب ونفيه باللعان والخلع ﴾ هذا مما لا أجد فيه خلافا قال في (جامع المقاصد) أما الطلاق فواضح فان الحجر لم يتناول كل تصرف بل التصرف في المال الموجود والمتجدد على انه اسقاط مايوجب المال فكان أولى بالجواز وأما النكاح فلان الصداق اذا كان في الذمة لم يصادف التصرف في المال الموجود عند الحجر وأما مؤنة النكاح فيأتي ان شاء الله تعالى بيان الحال فيها واما أن له استيفاء القصاص فلانه ليس تصرفا في المال ولا يجب عليه قبول الدية وان بذل الجاني لان القصاص شرع للتشفي ودفع الفساد والدية انما تثبت صلحا ولا يجب عليه تحصيل المال باسقاط حقه وكذا العفو عن القصاص مجانا بغير عوض أما لو وجبت له الدية بالاصالة كما في جناية الخطأ فانه ليس له اسقاطها لانه بمنزلة الابراء من الدين وكذا له استلحاق النسب اذ ليس ذلك تصرفا في المال وان وجبت المؤنة ضمنا وكذا له نفيه باللعان كما هو واضح وكذا له الخلع لانه اذا صح له الطلاق مجانا كانت صحة الخلع الذي هو في الحقيقة طلاق بعوض أولى بالجواز هذا اذا كان المحجور عليه بالفلس رجلا فلو كان امرأة منع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا مايصادف المال بالتحصيل كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصية ﴾ لان في ذلك كله جلب مال للغرماء فكيف يمنع منه قال في التذكرة وهذا لايمنع منه اجماعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا مايصادف المال بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية اذ لاضرر فيه على الغرماء ﴾ وقد تقدم أن هذين لاينافيان الدين لانهما انما يكونان بعد أدائه وان عبارة المفلس معتبرة فيمالا يكون مصادفا للمال وقت الحجر من التصرفات وهو مختار التذكرة والشهيد والمحقق الثاني والشهيد الثاني لكنه في باب التدبير من الكتاب جزم بعدم الصحة وحرمها في باب الوصايا في الوصية ﴿ قوله ﴾ ﴿ اذلاضرر فيه على الغرماء ﴾ هذا تعليل للمذكورات في حيز قوله ولا يمنع مما لايصادف المال الى آخره ﴿قوله﴾ ﴿ أما لو صادف المال في الحال فان كان مورده عين مال كالبيع والهبة والرهن والعتق احتمل البطلان من رأس والايقاف فان فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الابراء أو غيرها نفذ ﴾ اذا صادف تصرفه عين المال بالاتلاف بالمعاوضة كالبيع والاجارة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففي (المبسوط والشرائع والتحرير والايضاح) انه يبطل وهو المحكي عن أبي علي لانه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبي فلا يصح وان لحقته الاجازة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك منعتك من التصرف ومعناه تعذر وقوع هذه العقود منه وأما الايقاف فقد نفى عنه البأس في التذكرة وقال في (جامع المقاصد) فيه قوة وفي (المسالك) لعله أقوى

فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فان قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق (متن)

والوجه فيه انه لايقصر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافي لحق الغرماء اذ لادليل على ارادة غيره ولان عبارته لا تقصر عن عبارة السفيه المحجور عليه مع صحة تصرفه اذا لحقته اجازة الولي فلو كان الحجر يقتضي المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفيه فعلى هذا اذا أجازه الغرماء نفذ والا أخر الى أن يقسم ماله لا يباع ولا يسلم الى الغرماء فان لم يفضل من ماله شيء بطل وان فضل مايسعه صح وقد قلنا في باب البيع ان الرد الذي يفسخ به الفضولي أن يقول فسخت فلو قال لم أجز كان له الاجازة بعد ذلك كما يشهد به الاخبار و به صرح الشهيد في باب النكاح بل هو ظاهر الاصحاب واشتراط بعضهم عدم مسبوقيته بنهي المالك غير جيد على اطلاقه والا فالغاصب والعبد منهيان شرعا عن التصرف فالاول في مال الغير والثاني في نفسه بل قد نقول انهذا النهي مطلقا غير مضر لكن قضية كلامهم فيهذا المقام أن الغرماء لوصرحوا بالرد لا ينفسخ العقد فانما يعتبر كلامهم في الاجازة لافي الرد وان الواقع موقع المجيز هو بقاء شيء من ماله يسع ذلك فان حصل ذلك كان اجازة والا كان ردا وقد نبهنا على ذلك في باب البيع عند قوله والاقرب اشتراط أن يكون مجيز في الحال و بينا الحال في ذلك ويتصور كون الشيء فاضلا بارتفاع القيمة السوقية و بابراء بعض الغرماء من حقه و بتجدد مال و بموت بعض الغرماء فيرثه المفلس ﴿قوله﴾ ﴿فحينئذ يجب تأخير ما تصرف فيه فان قصر الباقي أبطل الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق﴾ أي حين اذا كان الحكم بكون التصرف موقوفا الى أن ينظر هل تفضل العين التي تعلق التصرف بها أم لا يجب تأخير ما تصرف فيه وقضى الدين من غيره فربما فضلت ووفى ماسواها بدينه وان لم تف أمواله بديونه وكان التصرف متعددا بطل الاضعف ثم ما يليه في الضعف كما هو خيرة التذكرة في أول كلامه فعلى هذا فلو كان قد تصرف ببيع وكتابة وهبة ورهن وعتق ووقف أبطلنا أولا الرهن والهبة لانهما أضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة لانهما وان كانا لازمين من الطرفين الا أن العتق أقوى منهما لكونه في نظر الشارع على التغليب ولهذا كان من خواصه السراية ولا يبعد أن يكون الوقف بمنزلة العتق لان كلا منهما لا يقبل الفسخ بخلاف باقي العقود واحتمل الشافعية احتمالا آخر استحسنه في التذكرة وقواه في (جامع المقاصد) وهو أن ينقض من تصرفاته الاخير فالاخير كما في تبرعات المريض اذا زادت على الثلث ووجهه ان المزاحمة انما وقعت بين ديون الغرماء والتصرف الاخير فيكون السابق ماضيا لعدم ما ينافيه قال في (جامع المقاصد) ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه لان الحجر على المريض انما هو فيما زاد على الثلث فالتصرف الزائد على الثلث هو الاخير فيكون باطلا دون ما سواه بخلاف المفلس فانه محجور عليه في الجميع فلا يظهر فرق بين الاخير وغيره لان الجميع كالفضولي فاذا احتيج الى بيع بعض الاعيان التي تعلق بها التصرف أمكن أن يقال جميع التصرفات موقوفة ولا بد من ابطال بعضها ولا أولوية لبعض على غيره بشيء من الاعتبارين المذكورين من التقدم والتأخر والضعف والقوة لان المتقدم والمتأخر سواء في كونهما موقوفين والضعيف والقوي سواء في كونهما غير نافذين نعم لما لم يتصور في العتق أن يكون موقوفا حكمنا بكونه مراعى

وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلما أو أقرض وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلا (متن)

لحقه أن يكون نافذا ثم انه قال في (جامع المقاصد) والتحقيق انا ان قلنا ان الاجازة كاشفة لا ناقلة كانت جميع التصرفات مراعاة فيظهر للتقدم أثر حينئذ وحيث انا رجحنا هذا القول فيما سبق كان هذا الاحتمال الاخير أقوى فعلى هذا لو وقعت التصرفات دفعة واحدة احتمل القرعة والابطال في الجميع وهذا التحقيق لامناص عنه وبه يسقط ماذكره المصنف ويبقى الكلام فيما اذا باع من الغرماء ويأتي بيانه ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان المورد في الذمة فيصح كما لو اشترى في الذمة أو باع سلما أو أقرض ﴾ قال في (جامع المقاصد) ان تقسيم ماصادف المال في الحال من التصرف الى ماورده العين وما مورده الذمة غير مستقيم فان ما مورده الذمة ليس مصادفا للمال في الحال قطعا فان البيع بثمن في الذمة كالصداق في النكاح اذا كان في الذمة وأمثال هذين لا تعلق لهما بالمال الموجود عند الحجر ولا يعد تصرفا فيه كما لا يخفى فلا تكون العبارة مستقيمة (قلت) قوله أما لو صادف المال في الحال انما هو في مقابلة قوله ولا مايصادف المال بالاتلاف بعد الموت فكأنه قال لايمنع مما يصادف المال بعد الموت وأما الذي يصادف المال في غير ما بعد الموت وهو الذي يصادفه في الحال والحياة قسمان قسم يحتمل البطلان والايقاف وقسم صحيح وهو مايصادف الذمة وليس المراد بالحال المال الموجود عند الحجر كما توهمه في جامع المقاصد ويرشد الى ذلك قوله في التذكرة في تقسيم التصرف فان تعلق بما بعد الموت كالتدبير والوصية صح وان كان غير متعلق بالموت فاما أن يكون مورده عين مال أو مال في الذمة ومن هذا يظهر معنى قوله وان كان المورد في الذمة ان معناه على ماأشار اليه في التذكرة ان كان مورد التصرف مال في الذمة فقوله في جامع المقاصد لو قال وان كان المورد الذمة كان أفصح لعله لم يصادف محله لان التصرف هنا لايرد على الذمة وانما يرد على مال فيها وكيف كان فصحة تصرفاته الواردة على مافي الذمة مما لاأحد فيه خلافا الا من الشافعي في أحد قوليه مستندا الى أنه كالسفيه لوجود المقتضي وهو صدور العقد من أهله في محله سالما عن معارضة منع حق الغرماء لانه لم يرد على أعيان أمواله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلا ﴾ نبه بالبائع على المشتري سلما والمقرض فكأنه قال ولا للمشتري سلما ولا للمقرض الفسخ وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والايضاح فيما سيأتي في شروط المعاوضة وبه جزم المصنف هناك وقواه الشهيدان في الحواشي والمسالك قالوا لانه فرط بأقدامه على معاملة من لم يعلم حاله فكان كالراضي بعسره ويسره وهذا لايتم فيمن قامت له البينة على انه غير مفلس فانه لم يفرط بأقدامه على معاملة من لم يعلم حاله مع انه جاهل واقعا وقالوا لان الاصل في العقد المملك عدم التسلط على الفسخ والاخراج عن الملك الا بدليل شرعي ولتعلق حق الغرماء بما دخل في ملكه فلا يصح ابطاله وهو مبني على تعلق الحجر بالمتحدد وسيأتي للمصنف في المسئلة أي مسئلة الجاهل احتمالات ثلاثة من دون ترجيح الضرب والاختصاص بعين ماله والصبر ومثل ذلك ما في الارشاد والايضاح وخيره ولده في شرح الارشاد بين الامور الثلاثة ووجه الضرب انه غريم لانه صاحب دين ولانه أدخل في مقابل الثمن مالا فليضرب

ويتعلق بالمتجدد كالقرض والمبيع والمتهب وغيرها الحجر (متن)

بالثمن اذ ليس فيه اضاعة على الغرماء ووجه الثاني يعني انه يفسخ ويختص بعين ماله عموم (١) قول السائل فيوجد متاع رجل عنده بعينه وقوله عليه السلام لايحاصه الغرماء ويضعف الوجهان بما تقدم من تعلق حق الغرماء بماله وان كان متجددا على أن العموم ممنوع لان مورده من سبقت معاملته على الحجر عملا بدلالة الفاء لانها تقتضي وجد ان المتاع عقيب ركوب الدين بلا فصل فتأمل والضرب مع الغرماء يقتضي ابطال حقهم من عين المال التي سبق تعلق حقهم بها مع ان الوجهين متنافران لانه ان كان غريما اختص بعين ماله وان لم يكن غريما لم يضرب وأما العالم باعساره فانه يصبر ولا يشارك الغرماء اجماعا كما في المسالك وقد نفى عنه الاشكال جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ويتعلق بالمتجدد كالقرض والمبيع والمتهب وغيرها الحجر﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو الذي تعطيه عبارة الشرائع وقال ولد المصنف في (شرح الارشاد) ان عدم تعلق الحجر به أولى واستشكل في الارشاد ولم يرجح الشهيد في حواشيه وغاية المراد (وجه الاول) انها أموال للمفلس وقد حكم الحاكم بتعلق الدين بأمواله والحجر عليه فيها وان الغرض من المنع صرف المال في الدين وعدم تضييع حق الناس وانه قد ثبت وجوب قسمة أمواله في الدين وهو مشترك في الموجود والمتجدد ووجه العدم ان الاصل عدم الحجر وان الناس مسلطون على أموالهم وقد ثبت الحجر في الموجود حال الحجر بالاجماع وبقي غيره على الاصل وانه انما حجر عليه في ماله الموجود لنقص فيه والمعدوم لم يتعلق به والا لزاد المال على الدين كذا قالوا في بيان القولين ومن الوجهين يعلم وجه الاشكال وكأن الكلام في المسئلة غير محرر لان كلام بعض القائلين بالتعلق كالمحقق الثاني يعطي أن الحاكم حجر عليه في الموجود والمتجدد كأن يقول له حجرت عليك جميع التصرفات المالية من موجود ومتجدد ولا أظن ان أحدا يخالف في التعلق ويستشكل في ذلك كما ان كلام فخر الاسلام صريح في أن الحجر انما تعلق بالموجود لاغير وهذا لاينبغي أن يستشكل فيه لان الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم ولا يثبت بدونه فان كان حكمه وتحجيره شاملا للمتجدد ثبت فيه والا فلا وحينئذ فينبغي الرجوع الى الحاكم ويسئل كيف حجر وحيث يتعذر ولا يعلم الحال فالاصل عدم التعدي لعدم الدليل والظاهر لا يعارض الاصل ان كان الآن تقول ان المتبادر لمكان القرائن الحالية من قوله حجرت عليك أو حجرت عليك التصرف في المال أو في مالك التحجير في المتجدد وغيره فيكون محل النزاع ماذا أتى بهذه الالفاظ وما ماثلها مما ليس نصا في تخصيص ولا تعميم فهذا يتمسك بالتبادر بمعونة القرائن وهذا يتمسك بالاصل وينكر التبادر فتأمل جيدا وان كان محل النزاع أنه هل له أن يحجر عن الموجود والمتجدد فالظاهر انه له ذلك لاتحاد الطريق اذ لافرق ولا مانع وان كان محل النزاع أنه هل للحاكم أن يحجر عليه ثانيا في ذلك المتجدد فالظاهر ان له ذلك أيضا لما تقدم من عدم الفارق والمانع ويبقى الكلام في نماء المال الموجود عند الحجر ولعلهم يتسالمون على تعلق الحجر به لتبعيته ووجوده بغير اختياره وارادته ولا كذلك ما يكتسبه

---

(١) عموم قوله عليه السلام من وجد عين ماله فهو أحق بها ويضعف الى آخره (نسخة)

ولو باعه عبدا بثمن في ذمته بشرط الاعتاق فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع والا جاز العتق ويكون موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال (متن)

اذ لا يجب عليه الاكتساب فكان محل اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باعه عبدا بثمن في ذمته بشرط الاعتاق فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع والا جاز العتق و يكون موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال ﴾ هذا فرع ذكره في التذكرة وأوضح مبناه وعبارة الكتاب مبنية على ذلك المبنى خالية مما رماها به في جامع المقاصد من النظر والمدافعة جيدة النظم واضحة المعنى وقد فهم منها في جامع المقاصد غير المراد منها قال في (جامع المقاصد) في بيان معناها اذا باع بايع المفلس عبدا بثمن في ذمته وشرط في البيع أن يعتقه بنى صحة البيع المذكور على أن تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة فان قلنا بالبطلان كان الاقوى هنا القول ببطلان البيع لان الشرط الواقع فيه مخالف لحكم السنة حيث انه اقتضى التصرف في المال الموجود حين الحجر فان العبد على تقدير صحة البيع مال المفلس لانتقاله الى ملكه والحجر يتعلق بالمتجدد كغيره على ما سبق فيكون باطلا فيبطل البيع ببطلانه لان الشرط اذا بطل أبطل خصوصا هنا لان اعتاق العبد غرض مطلوب للبائع مقابل بعوض لان الثمن حينئذ يكون أقل فاذا فات فقد فات بعض الثمن فتمتنع الصحة ثم قال وفي هذا التفريع نظر اذ لا يلزم من بطلان التصرفات في الاموال التي تعلق بها حق الغرماء بطلان ما ليس كذلك فهو بمنزلة ما اذا كان المورد الذمة وهنا لم تتعلق حقوق الغرماء بالعبد على تقدير صحة البيع لان تعلق حقهم بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به وهنا كذلك لأن انتقال العبد مشروط في سبب انتقاله العتق وهو مناف لتعلق حق الغرماء والا لم ينفذ فينتفي المانع من صحة الشرط فيصح البيع واختيار المصنف اخيرا ينبه على هذا انتهى ما اردنا نقله من كلامه وقد عرفت انه بنى صحة البيع المذكور على ان تصرفاته المصادفة للمال الموجود عند الحجر هل هي باطلة أو موقوفة والمصنف لم يبن المسئلة على ذلك وانما بناها على ان التصرف في الذمة باطل كما هو أحد وجهي الشافعية قال في (التذكرة) لو باعه عبدا بثمن في ذمته بشرط الاعتاق فان ابطلنا جميع التصرفات سواء وردت على العين أو في الذمة فالاقوي بطلان البيع وان قلنا بالصحة فيما يكون مورده الذمة على ما اخترناه صح البيع والعتق معا ويكون العتق موقوفا فان قصر المال احتمل صرفه في الدين لا رجوعه الى البائع والاقوى صحة عتقه في الحال انتهى وهي عبارة الكتاب بمعنى وعلى هذا المبنى لا يرد عليها شيء مما أورده في (جامع المقاصد) من النظر والمدافعة كما ستسمع المدافعة نعم قد يرد عليها بناء على ذلك انه يتعين بطلان البيع لا انه الاقوى ويمكن تأويله بمثل ما مضى في التصرف الوارد على العين وانه يبعد على القول بالصحة فيما مورده الذمة ان يكون العتق موقوفا فان فضل نفذ العتق وأن قصر المال أحتمل صرفه في الدين لأنه مال المفلس ووجه البعد ما ذكره في (جامع المقاصد) من أن تعلق حقهم بالمتجدد انما هو في المتجدد الذي لم يشترط في سبب انتقاله ما يمنع تعلق حق الغرماء به الا ان نقول انه بناه على ان هذا الشرط مخالف للسنة فيكون باطلا وانه اذا بطل الشرط لا يبطل

ولو وهب بشرط الثواب ثم أفلس لم يكن له اسقاط الثواب ولو أقر بدين سابق لزمه وهل ينفذ على الغرماء اشكال ينشاء من تعلق حقهم بماله كالمرتهن ومن مساواة الاقرار للبينة ولا تهمة فيه (متن)

العقد لكنه يقوم حينئذ احتمال تسلط البايع على الفسخ ورجوعه اليه وكان الواجب حينئذ ان يذكره ولعله نبه عليه بقوله لارجوعه الى البايع فتأمل ولما كان هذان الاحتمالان كما ترى قال والاقوى صحة عتقه في الحال فقوله أولا الاقوى بطلان البيع مبني على القول ببطلان ما مورده الذمة وليس مفرعا على كونها أي التصرفات موقوفة كما فهمه في (جامع المقاصد) حتى يدافع قوله الاقوى صحة البيع والعتق في الحال قال في (جامع المقاصد) واعلم أن نظم العبارة غير حسن لما يظهر من المدافعة بين كون الاقوى بطلان البيع تفريعا على كونها موقوفة وبين ما صرح به أخيرا من أن الاقوى صحة البيع والعتق في الحال فلو قال احتمل بناء البطلان هنا ووقوعه موقوفا على القولين السابقين والاقوى الصحة وجواز العتق في الحال لكان أحسن وأبعد عن الخلل في الفهم انتهى وأراد بقوله تفريعا على كونها موقوفة للايقاف الذي مضى للمصنف فيما اذا كان مورد التصرف عين مال فانه احتمل هناك البطلان والايقاف وظن ان ما نحن فيه مفرعا على الايقاف ولقد ذهب بعيدا اذ تلك مسئلة عين المال وقد فرغ منها ومن فروعها وما نحن فيه من مسئلة الذمة وبقايا فروعها ثم ان المصنف قال فان أبطلنا التصرفات فالاقوى بطلان البيع فقد فرع الاقوى على البطلان كما فهمه هو أولا الايقاف لا الذي فرغ منه ولو لحظ التذكرة لضرب على ما حرره ﴿قوله﴾ ﴿ ولو وهب بشرط الثواب ثم افلس لم يكن له اسقاط الثواب ﴾ اذا وهب المفلس شيئا فاما ان يقبض قبل الفلس أولا فان كان الثاني فلا حكم له وان كان الأول فاما ان يعين ثوابا أو يطلق فان كان الأول فلا بحث وان كان الثاني فقد ذكر فيه في التحرير ثلثة أوجه (الأول) وجوب قيمة الموهوب فلا يجوز له اخذ اقل من ذلك (الثاني) ما جرت العادة أن يثاب مثله فليس له أن يرضى بدونه (الثالث) ما يرضى به الواهب فيكون مايرضى به وان قل ولا اعتراض للغرماء وقال في باب الهبة ان شرط ثوابا مجهولا صح ولزمه دفع ما يصدق عليه اطلاق الأسم ولو اثابه منها أي الهبة فالاقرب الجواز ولا يجب عليه دفع مايرضى به الواهب ولا قيمة الموهوب ولا ماتقضي العادة به وقوى الشيخ لزوم الأخير ووجه عدم الاسقاط انه مال ثبت له فلا يكون له اسقاطه لانه تصرف في المال بالاسقاط فيكون ممنوعا منه ولو شرط عليه في عقد لازم اشتراط رهن عين من ماله فقد احتمل في جامع المقاصد انه كاشتراط الثواب ﴿قوله﴾ ﴿ ولو اقر بدين سابق لزمه ﴾ قولا واحدا كما في جامع المقاصد وظاهر المسالك ولا اجد فيه مخالفا ولا حكاية خلاف سوى ما حكاه فخر الاسلام في شرح الارشاد عن بعض الاصحاب انه لا يصح اقراره مطلقا كالسفيه لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز والمانع في العين منتف هنا لانه في العين مناف لحق الديان المتعلق بها وان الاقرار ليس كالانشاء حيث قيل ببطلانه رأسا فلا ينفذ بعد الحجر لان الغرض من ابطال التصرف الغاء الانشاء الموجب لاحداث الملك اما الاقرار فانه اخبار عن حق سابق لم يتعلق به الحجر ولم يقتض الحجر سلب أهلية العبارة عن المحجور فاذا تعلق له غرض ببراءة ذمته بالاقرار وجب قبوله منه وانما الخلاف في ان المقر له هل يشارك الغرماء ام لا كما ستسمع ﴿قوله﴾ ﴿ وهل ينفذ على الغرماء اشكال ينشاء من تعلق حقهم بماله كالمرتهن ومن مساواة الاقرار للبينة ولا تهمة فيه ﴾ اختير

ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكالسابق (متن)

النفوذ على الغرماء والمشاركة لهم في المبسوط والخلاف والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وحكاه في غاية المراد عن أبي منصور الطبرسي وهو الذي قربه الشهيد في حواشيه بشرط ان يكون عدلا (حجة الشيخ) ومن وافقه عموم جواز اقرار العقلاء وعموم الاذن في قسمة امواله بين غرمائه والفرق بين الاقرار والانشاء كما عرفت آنفا وانه كالبينة ومع قيامها لا أشكال في المشاركة وان التهمة على الغرماء منتفية لان ضرر الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء وان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع عدمه (واجيب) بان الحبر قد قلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر والدليل الثاني ظاهر ضعفه (والجواب) عن الثالث ان الاقرار في اثناء الحجر كالتصرف الحادث بحسب المعنى لمكان المشاركة وان كان بينهما فرق عند عدمها أي المشاركة وكونه كالبينة مطلقا ممنوع واستوضح ذلك فيمن لا يقبل أقراره اذا اقيمت عليه البينة فالقاعدة ليست كلية فلا يصح كبرى الشكل ولا تنتج والتهمة على الغرماء موجودة لانه يريد اسقاط حقهم من المال الموجود وتأخيره بمواطاة بينه وبين المقر له فلا يتحقق الضرر الا عليهم سلمنا لكن اقصاه انه قد يكون متهما وقد لا يكون فلا يصح جعل عدم التهمة وجها للنفوذ ولذلك اختير عدم النفوذ في الارشاد والمختلف والايضاح وشرح الارشاد لولده واللمعة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان بل في جامع المقاصد انه لا ريب ان تعلق حق الغرماء بمال المفلس اقوى من تعلق حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك فكما ان الراهن لو أقر بسبق رهن لآخر أو بيعه اياها لا يسمع في حق المرتهن فهنا كذلك بطريق أولى وفي (التحرير) بعد ان اختار النفوذ كما حكيناه عنه قال وهل يفتقر الى اليمين فيه اشكال ولو كذبته الغرماء وقلنا بوجوب اليمين فان نكل ففي احلاف الغرماء على المواطأة أو المقر له اشكال هذا ويلزم على القول الاول انه لو ادعى عليه شخص بدين فانكر فحلف المدعي ثبت الدين وشارك الغرماء لان اليمين بعد الانكار كالاقرار فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أسنده الى ما بعد الحجر فان قال عن معاملة لزمه خاصة ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو أقر بدين لا حق بعد الحجر واسنده الى ما بعد الحجر فان كان قد لزمه باختيار صاحبه كالبيع والقرض وغيرهما من المعاملات المتجددة بعد الحجر فانه يكون في ذمته خاصة ولا يشارك المقر له العرماء لان صاحب المال رضي بذلك أن علم انه مفلس وأن لم يعلم فقد فرط في ذلك فيلزم الصبر بها الى الفك ولا يشارك الغرماء لان المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلقت باعيان امواله كانت باطلة أو موقوفة فالاقرار بها لا يزيد عليها وقد جزم بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قال عن اتلاف مال أو جناية فكالسابق ﴾ يريد انه اذا اقر بدين وأسنده الى ما بعد الحجر وقال انه لزمه باتلاف مال أو جناية وحاصله انه لزمه من غير رضا واختيار من المالك والمجني عليه وبه يفرق بينه وبين المعاملة الصادرة عن الرضا والاختيار من الجانبين فان في نفوذه على الغرماء الاشكال السابق لان كان منشاؤه في الموضعين واحدا وقد حكم في (المبسوط والروضة) بالنفوذ

وكذا الاشكال لو اقر بعين لكـن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي(متن)

وقرّبه في التذكرة ولم يرجح احـد الاحتمالين في جامع المقاصد والمسالك ولم يتعرض له في الايضاح والظاهر ان محل الاشكال ما اذا كان من غير رضا واختيار من الطرفين فالسارق والجاني عمدا ليسا محل اشكال (وعساك تقول) لِمَ لم يقدم حق المجني عليه على حق الغرماء كما قدم حقه على حق المرتهن (لانا) نفرق بان العبد المرهون اذا جنى فقد تعلقت جنايته بنفسه التي علق بها صاحب الدين دينه والجناية كانت حصلت من المفلس دون ماله ثم ان الدين في الرهن متعلق في الذمة والرهن معا واما الجناية فلا محل لها سوى الرهن وفيما نحن فيه الديان متعلقان بالذمة فاستويا ونظيره في حق المفلس أن يجني عبده فيقدم المجني عليه حينئذ على حق الغرماء وتمام الكلام عند قوله ويضرب المجني عليه بالارش ﴿فرع﴾ لو اقر بدين ولم يسنده الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده حمل على الثاني وجعل بمنزلة ما لو أسنده الى ما بعد الحجر لاصالة التأخر وعدم التعلق ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الاشكال لو أقر بعين ﴾ أي يجيء الاشكال السابق فيما اذا أقر المفلس بعين من أعيان الاموال التي بيده لتشخص وقد أختير النفوذ في المبسوط والتحرير وشرح الارشاد لولده على الظاهر منه في آخر كلامه لمكان تعليله وكذا التذكرة لانه في آخر المبحث كأنه تردد وكأنه قال به أو مال اليه في الايضاح ووجهوه بمثل ما مر في الدين وأنه لو لم يجعل له سبيل الى رد الغصب والعارية والوديعة والمستام ونحو ذلك لزم الحرج ولبعد أن يقر بما في يده لمن ليس له والا لكان سفيها والبحث انه رشيد ولان هذه العين لم يثبت انها ماله واحتمال المواطاة يدفع الاستبعاد وعدم النفوذ خيرة الارشاد واللمعة وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع البرهان لمثل ما مر في الدين ولزيادة هنا تردد لاجلها في الشرائع وهي تعلق حق الغرماء بأعيان امواله (وفيه) انه لا فرق بين أخذه بعض الاعيان بموجب التقسيط وبين أخذه ذلك البعض مع تعلق حقهم به وفي (مجمع البرهان) وكذا شرح الارشاد أن الحاكم ينبغي له أن يؤخر هذه العين فان فضلت سلمها الى المقر له والا جاء الاشكال كما في الاول وباعها في الديون كما في الثاني وغرمه مثلها أو قيمتها للمقر له وستسمع ما في المبسوط هذا وقال في (المسالك) ان جملة الاقوال في المسئلة اتفقت على قدر الاحتمالات الممكنة وهي أربعة نفي نفوذه فيهما اثباته فيهما ثبوته في العين دون الدين اختاره ابن ادريس وبالعكس قال وهو ظاهر المصنف والكتاب أي الشرائع انتهى وهذا النقل كما ترى لانك قد عرفت ما حكيناه عن ابن ادريس وعن الشرائع ثم ان الشهيد في غاية المراد قال لم يقل أحد بالقبول في العين دون الدين الا متكلف وقد سمعت ما حكيناه عن فخر الاسلام في شرح الارشاد من النفوذ في العين دون الدين ويفهم مما سيأتي قريبا عن المبسوط أن الاقوال تزيد عن الاربعة عند التأمل الصادق لان القول بوجوب تأخير العين هنا كما اذا تصرف بها ببيع أو نحوه قوي جدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لكن هنا مع القبول يسلم الى المقر له وان قصر الباقي ﴾ هذا ذكره في المبسوط وتبعه عليه المصنف وغيره قال في (المبسوط) فان أقر بعين فان اقراره صحيح وتكون العين لمن أقر بها وقيل انه لا يرد العين الا بعد أن يقسم ماله بين الغرماء فان وفى بها أخذ العين وان لم يف تممت من العين وبقي قيمتها في ذمة المفلس ونحوه ما في التذكرة والتحرير والمسالك ولعل غرضهم بقولهم ان وفى بها ولم يقصر الباقي ما اذا أبرأه بعضهم أو زادت القيمة وبذلك تندفع مناقشة المحقق الثاني عن العبارة حيث قال فيها مناقشة فان قوله وان قصر الباقي يقتضي

ولو كذبه المقر له قسمت ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا وكذا الاشكال لو ادعى اجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب (متن)

ثبوت الحكم بتسليم العين ان لم يقصر الباقي وان قصر على ما هو مقتضى العطف بأن الوصلية وليس يستقيم اذ مع عدم التصور كيف يتصور صحة الحجر ثم احتمل جعل الواو للحال ولا يخفى سده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كذبه المقر له قسمت ﴾ كما في التذكرة ومعناه انه لو كذب المقر له المحجور عليه في اقراره بكون العين له قسمت بين الغرماء لتعلق حقوقهم بها سابقا واخراجها عنهم انما كان مع صحة الاقرار ومع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحا ولا يشكل بأن الاقرار على تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له وتكذيبه بل تخرج العين عن المقر بالاقرار وان لم يتعين مالكها فيكون مالا مجهول المالك فكيف تعود الى المقر وتقسم بين الغرماء ويأتي في الاقرار بلطف الله وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم تحقيق الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومع عدم القبول اذا فضلت دفعت الى المقر له قطعا بخلاف المبيع فان فيه اشكالا ﴾ أي في دفع المبيع الى المشتري لو فضل عن ديون الغرماء اشكال ينشأ من بطلان التصرفات الواقعة بعد الحجر المصادفة للمال وكونها موقوفة ولا كذلك الاقرار الصادر من المفلس فانه لازم ونافذ عليه قطعا وان لم ينفذ على الغرماء فاذا فضلت العين عن الديون بارتفاع قيمة ونحوها دفعت الى المقر قطعا بلا اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا الاشكال لو ادعى أجنبي شراء عين في يده منه قبل الحجر وصدقه ﴾ ومثله ما في التذكرة أي وكذا الاشكال في النفوذ على الغرماء وعدمه لو ادعى أجنبي شراء عين في يد المفلس ويحتمل عود ضمير يده للأجنبي ويكون الاجنبي قد ادعى شراءه عينا من المفلس وهي في يد الاجنبي فيصدقه فان في نفوذ ذلك على الغرماء في الصورتين الاشكال ولا كلام في نفوذه في حقه فيجب عليه مثلها أو قيمتها اذا قسمت على الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال هذا مضاربة لغائب قيل يقر في يده ولو قال لحاضر وصدقه دفع اليه والا قسم ﴾ ونحوه ما في الشرائع والتحرير وقال في (المبسوط) ان أقر بالمال الا أنه قال هو مضاربة لفلان فان المقر له لا يخلو من أحد أمرين اما أن يكون غائبا أو حاضرا فان كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه انه الغائب فاذا حلف أقر المال في يده للغائب ولا حق للغرماء فيه وان كان حاضرا نظر فيه فان صدقه ثبت له لانه اقرار من جائز التصرف وصدقه المقر له فوجب أن يكون لازما وان كذبه بطل اقراره ووجب قسمته بين الغرماء (وفيه) بعد تسليم نفوذ اقراره على الغرماء ان اليمين لم تشرع لاثبات مال الغير ثم انه لا وجه لها مع الاقرار وأما ابقاؤه في يده حيث يسمع اقراره فغير بعيد لاصالة عدم العدوان وهو كاف رشيد وانما ترفع يده عن ماله لتعلق حق الغرماء به أما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه وأما اذا كان لحاضر فقد وافقه المصنف على ما ذكر وفي (جامع المقاصد) فيه الاشكال المتقدم وان الاصح عدم القبول وان لم يصدقه فقد مر مثله وحكمه حكمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصير من باعه بعد الحجر بالثمن ان كان عالما ويحتمل في الجاهل بالحجر الضرب والاختصاص

والاختصاص بعين ماله والصبر وكذا القرض ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف واجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون وله الرد بالعيب مع الغبطة لا بدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد (متن)

بعين ماله والصبر﴾ قد تقدم الكلام في ذلك وانه قوى الاخير في التحرير وقربه في جامع المقاصد وان فخر الاسلام في شرح الارشاد خيره بين الثلاثة وأما العالم فانه يجب عليه الصبر بلا ريب ﴿قوله﴾ ﴿وكذا القرض﴾ أي تحتمل فيه الوجوه الثلاثة مع الجهل ﴿قوله﴾ ﴿ويضرب المجني عليه بعد الحجر بالارش وقيمة المتلف﴾ هذا مالزمه بغير اختيار المستحق كارش الجناية على نفس كانت أو طرف وعوض التالف اذا كانت على مال مثلا أو قيمة وقد صرح بأنه يضرب فيهما في جامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع والارشاد على ذكر الثاني أعني ما اذا اتلف مالا (وحجتهم) على الحكم في الامرين أن المجني عليه أو على ماله لم يوجد منه تقصير ولا رضا وانما ثبت حقه بوجه قهري فثبت له استحقاق الضرب فيبعد تكليفه الصبر والانتظار وهذا هو الاطلاق الذي أشرنا اليه آنفا ومن ثم قيل مثل ذلك في الجاهل الا أن بينهما فرقا وهو أن الجاهل مختار وربما كان جهله مستندا الى تقصيره في البحث عن حال معامله لان المحجور عليه يشيع خبره على وجه لايشتبه الا على المقصر في البحث وهذه الادلة كما ترى لاتدفع مادل على تعلق حق الغرماء بالاعيان فكأنها صارت لهم ولا مال للمفلس فصار مانحن فيه كالو جنى الراهن ولا مال له غير المرهون فانه لايزاحم المجني عليه المرتهن فتأمل ولا تغفل عما سلف آنفا وقد يستدل عليه بعموم الخبر الدال على الضرب وبما دل على وجوب عوض المتلف وهي أيضا كما تري ولعله لذلك لم يرجح في التذكرة وتأمل مولانا المقدس الاردبيلي ﴿قوله﴾ ﴿وأجرة الكيال والوزان والحمال وما يتعلق بمصلحة الحجر مقدمة على سائر الديون﴾ كما في الارشاد ومجمع البرهان وفي الاخير ان وجهه ظاهر وهذه العبارة نطقت بأنها في مال المفلس من دون تقييد وفي (الشرائع والتحرير) اذا لم يوجد من يتبرع بالبيع ولا بذلت الاجرة من بيت المال وجب أخذها من المفلس ومقتضي ذلك جواز أخذها من بيت المال ومعنى عدم بذلها من بيت المال انه اذا لم يكن في بيت المال سعة اما لعدمه أو للاحتياج الى صرفه الى ماهو أهم من ذلك جاز أخذها من مال المفلس وفي (التذكرة) انه مؤنة الاموال كاجرة الوزان والناقد والكيال والحمال والمنادي وأجرة البيت الذي فيه المتاع مقدمة على ديون الغرماء لانها لمصلحة الحجر وايصال أرباب الحقوق حقهم ولولم تقدم لم يرغب أحد في تلك الاعمال وحصل الضرر للمفلس والغرماء وهذا كله اذا لم يوجد متطوع بذلك ولا في بيت المال سعة له فان وجد متطوع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس اليها وهو يوافق مافي الشرائع والتحرير واستحسنوه في المسالك وقال في (جامع المقاصد) انه مع وجود بيت المال يشكل المنع من صرف الاجرة من مال المفلس فان ذلك لضرورة وفاء دينه فكيف لايجوز صرفه من ماله نعم يجوز ذلك قلت وهو كذلك وأما اذا وجد المتطوع فلا شبهة في عدم جواز صرف الاجرة من مال المفلس ﴿قوله﴾ ﴿وله الرد بالعيب مع الغبطة لابدونها وله الفسخ بالخيار والامضاء من غير تقييد

بشرط الغبطة ويمنع من قبض بعض حقه ولا يمنع من وطئ مستولدته وفي وطئ غيرها من آمائه نظر أقربه المنع فان احبل فهي ام ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب (متن)

بشرط الغبطة ﴾ قد تقدم الكلام فيه في أول المطلب الثاني ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنع من قبض بعض حقه ﴾ وكذا قال في التذكرة وفسر الشهيد العبارة بأنه يمنع من قبض البعض عن الكل وهو معنى قوله في الارشاد والتحرير ليس له قبض دون حقه أي صفة كان أو مقدارا وقيد العبارة في جامع المقاصد بما اذا لم يلزم قبض البعض اذا بذله من عليه قال فلو كان عن اتلاف مال كان له قبض البعض ولو كان عوضا في بيع لم يكن له ذلك لأن فيه اسقاطا لحق يتعلق بالمال فيمنع منه لانه تصرف مبتدأ انتهى فليتأمل فيه ولا ريب أن المفلس لا يمنع من قبض ماله وانما يمنع من التصرف فيه لانه ليس بسفيه فلابد أن يراد من العبارة ما فهمه الشهيد وفرقه في جامع المقاصد بين ما كان عن اتلاف وما كان عوضا في بيع لم يتضح لنا وجهه لان كلا منهما دين لا يجوز له اسقاطه لانه ممنوع من الاسقاط بعوض فبغير العوض الموضوع أولى كما نص عليه في مواضع من التذكرة كما لم يتضح لنا وجه القيد أيضا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمنع من وطئ مستولدته ﴾ كما نص عليه في التذكرة لان الحجر لا يتعلق بها لانها لا تباع الا اذا كانت قد رهنت قبل الاستيلاد أو كان ثمنها دينا على مولاها ولا وجه له سواها وأما بيعها في غير ذلك من تمام العشرين موضعا فلا تعلق لا كثرها بما نحن فيه والقول بوجوب مؤاجرتها لا يستلزم الحجر بها اذ ذاك متعلق ببعض المنافع لكن المصنف سيتردد فيما يأتي من الكتاب في بيعها من غير رهن قال وهل تباع أم ولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مؤاجرتها نظر وهذا النظر ينافي الجزم بجواز وطئ المفلس أم ولده وتردده في وطئ غيرها من الاماء ويأتي تمام الكلام بلطف الله تعالى وبركة خير خلقه محمد وآله صلى الله عليه وسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي وطئ غيرها من آمائه نظر أقربه المنع ﴾ كما في التذكرة وهو الاصح كما في جامع المقاصد ولم يرجح في الايضاح وينشأ النظر من أنه تصرف معرض للاتلاف لجواز موتها في الطلق أو نقصان قيمتها ومن أنه لا يقتضي اخراج ملك وبهذا التقرير يتضح وجها النظر ولا حاجة بنا الى ما في جامع المقاصد من توجيه الاول بمنعه من التصرف في أمواله بالحجر وانه معرض للاتلاف بالاحبال فاورد عليه بانه لا يتم الا اذا أبطلنا حق الغرماء بالاحبال وسيأتي انه لا يبطل ويفهم من كلامهم في المقام ان التصرف الذي لا يضر بحقوق الغرماء في الحال ولا في المآل لا يمنع منه المحجور عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أحبل فهي أم ولد ولا يبطل حق الغرماء منها مع القصور دونها ﴾ هذا عين عبارة التذكرة وقضية قوله فيهما مع القصور دونها أنها تؤخر في البيع لئلا يبطل حق الاستيلاد من غير موجب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقر بمال وأطلق لم يشارك المقر له لاحتمال كون السبب لا يقتضي الضرب ﴾ معنى الاطلاق انه لم يسنده الى ما قبل الحجر ولا الى ما بعده ولا الى اتلاف ولا الى غيره والوجه في عدم مشاركته حينئذ احتمال كونه بعد الحجر لا عن اتلاف وأصل عدم المشاركة وأصل تاخره مع جهل تاريخه كما هو المفروض والا وجبت مطالبته بالبيان يقضيان بتعين هذا الاحتمال وقد يكون من صور الاطلاق ما اذا اسنده الى اتلاف ولم يبين انه قبل الحجر أو بعده أو أسنده الى بعد الحجر ولم يبين انه عن اتلاف وغيره الى غير ذلك فليتامل وهذا مبني على أن

ولو اقام شاهدا بدين حلف عنه وجعل في سائر أمواله فان نكل ففي احلاف الغرماء اشكال وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء (متن)

الاقرار بمال أسنده الى سبب قبل الحجر أو اتلاف مطلقاً ماض على الغرماء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أقام شاهداً بدين حلف معه وجعل في سائر أمواله فان نكل ففي احلاف الغرماء اشكال ﴾ لا نعلم خلافا في أنه للمفلس المحجور عليه الدعوى كما في (التذكرة) فلو أقام شاهداً واحدا بدعواه فان حلف مع شاهده جاز واستحق به المال وتعلق به حق الغرماء وقد صرح بذلك في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وغيرها ووجهه واضح وان امتنع لم يجبره الحاكم على اليمين لانا لا نعلم صدق الشاهد ولو علمناه ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا نجبره على الحلف على مالا نعلم صدقه وأيضاً فالحلف تكسب وهو غير واجب عليه فلو نكل لم يحلف الغرماء مع الشاهد كما هو خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وهو مذهب الا كثر كما في المسالك وفي (مجمع البرهان) كأنه مجمع عليه وفي (التذكرة) لم يحلف الغرماء مع الشاهد عندنا وفي (جامع المقاصد) الاجماع على امتناع اليمين لاثبات مال الغير والقول بالجواز لابي علي لانه يعود النفع اليهم و يستحقون المطالبة فهو مال لهم بالقوة القريبة (وفيه) انه لا يخرج بذلك عن كونه مال الغير وقيل ان فيه اشكالا آخر وهو ان كل واحد منهم ان حلف على مجموع المال كان حلفا لاثبات مال لغيره وهو باقي الغرماء وهو ممتنع أيضا زيادة على ماتقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيط لم يثبت له أجمع بل يثبت له بعضه (وفيه) ان لابي علي أن يقول انا نختار الاول ولا يستلزم ذلك اثبات باقي الدين لباقي الغرماء لانا نقول انما يثبت بذلك استحقاقه الا أن تقول انه يتضمن اثبات مال الغير أيضاً لان استحقاقه حصته فرع على ثبوت جميع الدين في ذمة المديون وان لم يثبت بذلك استحقاق باقي الغرماء فتامل (ثم ان) الشهيد ذكر ان أقسام الحالف لمال الغير ثلاثة (الاول) أن لا يكون للحالف فيه حق فلا يصح حلفه اجماعا (الثاني) أن يكون للحالف حق ولغيره حق لكن حق الحالف مقدم كما نحن فيه وكالمرتهن وخلاف أبي علي في هذا القسم (الثالث) أن يكون للحالف حق ولغيره حق ولكن حق الغير مقدم كالراهن ومالك الجاني فهذا يحلف و يثبت حق غيره وهو جائز اجماعا قال والوسيلة في جواز حلف الغرماء اذا علموا امتناع الوارث أو المفلس أن يقلوا المال اليهم بعقد شرعي يعلم به الشاهد ثم يشهد و يحلفون انتهى فليتامل فيه جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان الدين لميت ونكل الوارث ﴾ أي وكذا يجيء الاشكال لو كان الدين لميت له غرماء ونكل الوارث لكن قال الشهيد لو كان الدين لميت وامتنع الورثة من اليمين جاز للغرماء أن يحلفوا على الاقوى كذا في الحواشي ولعله لان نكول المفلس يورث ريبة ظاهرة ولا كذلك الوارث لانه قد يخفى الحق عليه ولا يخفى على الغرماء وان غرماء الميت آيسون من حلفه فمكنوا من اليمين ولا كذلك غرماء المفلس فتامل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنعه صاحب الدين الحال من السفر قبل الايفاء ﴾ الوجه فيه ان أداء الدين الحال مع المطالبة والتمكن من الاداء واجب على الفور فله المنع من كل ما ينافيه والحكم مما لا ريب فيه وليس هذا في الحقيقة منعا من السفر كما يمنع السيد عبده والزوج زوجته بل هو شغل له عن السفر برفعه الى الحاكم ومطالبته حتى يوفي الحق وحبسه ان ماطل والضمير في يمنعه راجع أما الى

لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب ﴿المطلب الثالث﴾ في بيع ماله وقسمته ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر (متن)

المديون بدلالة صاحب الدين عليه أو بدلالة المفلس عليه لانه مثله على حد قوله حل شأنه وما يعمر من معمر ولا ينقص من عمره أي من عمر آخر لامتناع النقص في عمر من زيد في عمره بالتعمير ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا المؤجل ولا يطالبه بكفيل ولا اشهاد وان كان الدين يحل قبل الرجوع ﴾ اذا كان الدين مؤجلا لا يمنعه منه سواء كان السفر مخوفا أم لا خلف وفاء أم لا اذ ليس له مطالبته في الحال بالحق فليس له أيضا مطالبته برهن ولا كفيل لانه ليس له مطالبته بالحق فكيف تكون له المطالبة بالرهن والكفيل وهو المفرط في حظ نفسه حيث رضي بالتأجيل من دون رهن ولا كفيل وقد حكم هنا بانه ليس له المطالبة بالاشهاد لاصالة العدم ولان الامر في قوله جلت عظمته واستشهدوا شهيدين للارشاد ولمثل ماقلناه سابقا حيث رضي بدون اشهاد وقرب في التذكرة ان له ذلك وفي (جامع المقاصد) انه الظاهر لان في ترك الاشهاد ضررا بينا فهو منفي بالآية والحديث (وفيه) انه هو الذي أدخله على نفسه ولعموم قوله واستشهدوا فيشمل ابتداء الادانة واستدامتها ومتى توجه الامر بالاشهاد الى صاحب الدين فلا بد من ايجاب ذلك على المديون والا لم تكمل فائدة الامر (وفيه) انا اذا قلنا ان الامر للارشاد كما عليه الاصحاب لم يتجه ذلك قال ولان حقية الدين ثابتة انما المنفي استحقاق المطالبة قبل الاجل فكل ماتفرع على استحقاق الاخذ من الرهن والكفيل لا يجب بخلاف ما كان مرتبا على أصل الدين وهو الاشهاد (وفيه) ان هذه التفرقة غير واضحة ولا فرق بين ان يكون الاجل قليلا أو كثيرا ولا بين أن يكون السفر طويلا أو قصيرا فلو بقي من الاجل نصف نهار ثم أراد انشاء سفر طويل في أوله لم يكن لصاحب الدين منعه كما في (التذكرة وجامع المقاصد) والمخالف في ذلك بعض الشافعية ومالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمنع المالك من السفر معه ليطالبه عند الاجل لكن لا يلازمه ملازمة الرقيب ﴾ لما فيه من الاضرار والاستخفاف من غير استحقاق قال في (التذكرة) اذا ثبت هذا فانه اذا حل الاجل وهو في السفر وتمكن من الاداء وجب عليه اما برجوعه أو بانفاذ وكيله أو يبعث رسالة أو بغيره من الوجوه قال في (جامع المقاصد) هذا ناظر الى عدم وجوب الاداء في غير بلد الدين وقد حققنا الحال في باب البيع و باب الدين وهذه المسائل من أحكام الدين استطراد لها هنا للمناسبة كلة ﴿ المطلب الثالث في بيع ماله وقسمته ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ينبغي للحاكم المبادرة الى بيع ماله لئلا تطول مدة الحجر ﴾ هذا الحكم لم يتعرض له أحد قبل المصنف فيما أجد وظاهره هنا أو صريحه الاستحباب كما هو صريح التذكرة وقال في (التحرير) على الحاكم أن يبادر الى بيع ماله وقسمته وظاهره الوجوب وقد علله هنا بما سمعت وزاد في التذكرة خوف التلف وقال في (جامع المقاصد) ان تعليل الكتاب يرشد الى الوجوب فان المنع من التصرفات بالحجر على خلاف الاصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجة قال والوجوب أظهر وان عبارة الكتاب تحتمل الامرين وان كانت أظهر في الاستحباب الا أن التعليل يرشد الى الوجوب (قلت) قد عرفت مافي التذكرة من التصريح بالاستحباب مع التعليل المذكور وزيادة والاصل بمعانيه الثلاثة يدفع الوجوب وقال في (التذكرة) ولا يفرط في الاستعجال كيلا يطمع فيه المشترون

واحضار كل متاع الى سوقه واحضار الغرماء والبدأة بالمخوف تلفه ثم بالرهن (متن)

بثمن بخس واستحسنه في (جامع المقاصد) ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحضار كل متاع الى سوقه ﴾ أي ان ذلك مستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (المسالك ومجمع البرهان) أطلق الجماعة الاستحباب وظاهر اللمعة الوجوب وبه جزم في (الروضة) مع رجاء زيادة القيمة وفي (المسالك) انه حينئذ أولى واستحبه فيه اذا وثق بانتفاء الزيادة اذا باعه في غير سوقه ونفى عنه أي الوجوب البعد في جامع المقاصد الا أن يقطع بانتفاء الزيادة باحضاره في سوقه وفي (مجمع البرهان) ان المناسب حينئذ الوجوب (قلت) والاصل ينفي ذلك والوجوب يحتاج الى دليل الا أن يقطع بنقصان القيمة اذا بيع في غير سوقه لانه لا يريد عن مال الطفل وقد قالوا انه لا يجب عليه أكثر من مراعاة المصلحة بمعنى عدم النقيصة ومنهم صاحب (جامع المقاصد) وانه لا يجب عليه تحري الاصلح وما فيه الغبطة وهذا نافع في هذا الباب وفي (المبسوط والتذكرة) انه ان باعه في غير سوقه بثمن مثله كان جائزا لان المقصود قد حصل وفي (جامع المقاصد) لو شق نقله الى سوقه نودي عليه فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ واحضار الغرماء ﴾ أي يستحب ذلك كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان لانه يباع لهم فربما رغبوا في بعض المتاع فزادوا فيكون أوفر للثمن وأبعد للتهمة وظاهر المبسوط وجوب احضار الغريم وفي (التذكرة والتحرير) صرح باستحباب احضاره او وكيله وفي (جامع المقاصد) انه لو رجي بحضورهم زيادة نفع وجب واحتمله في (المسالك) وينبغي احضار المفلس وقد ذكر في التذكرة لحضور المفلس فوائد وهي انه أخبر بمتاعه وأعرف بجيده من رديه وثمنه ويعرف المعيب من غيره ولانه تكثر الرغبة بحضوره فان شراء المال من مالكه أحب الى المشتري ولانه أبعد عن التهمة وأطيب لقلب المفلس وليطلع على العيب ان كان فيباع على وجه لا يرد ومثل هذا في الرهون قال وليس ذلك واجبا فيهما ﴿ قوله ﴾ ﴿ والبدأة بالمخوف تلفه ﴾ أي يستحب كما في المبسوط والشرائع والتحرير وظاهر الارشاد والتذكرة الوجوب وهو صريح جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان بل في الاول انه لا ريب في وجوبه لوجوب الاحتياط على الامناء والوكلاء فالحاكم أولى وان تصرفه قهري فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف فيبيع الفاكهة والطعام ونحوهما اولا (قلت) لعل من جعل ذلك من المستحب أعتبر احتمال التلف كثيره لا ظن التلف والعلم به قبل بيعه فانه حينئذ تجب المبادرة ويمكن ان يقال ان كون الشيء مخوفا تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف في الوقت فلا يلزم وجوب المبادرة اليه لان ذلك انما هو عند خوف التلف ولا يلزم من كون الشيء مخوف التلف باعتبار شأنه من جنسه ان يكون مخوف التلف في وقته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم بالرهن ﴾ البدأة بالرهن بعد المخوف تلفه خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد على ما اختير فيهما من وجوب وندب الا ان وجوب تقديم الرهن على غيره كما هو ظاهر الارشاد وصريح جامع المقاصد غير ظاهر وجهه على التقديرين انه ربما زادت قيمته على دين المرتهن فيضم الباقي الى مال المفلس وربما نقصت فيضرب المرتهن بباقي دينه مع باقي الغرماء وهذا قد يعلم قبل القسمة فيناسب الاستحباب وظاهر التذكرة وجوب تقديم ما يخشى تلفه واستحباب البدأة ببيع الرهن وتقديمه على غيره (قال مسئلة) ينبغي للحاكم ان يبدء ببيع الرهن الى آخره (ثم قال) مسئلة ويقدم بيع ما يخاف عليه الفساد ثم الحيوان لحاجته الى النفقة وكونه

والجاني والتعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس فان تعاسروا عين الحاكم وأجرته على المفلس ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخرا أو معا (متن)

عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات فقوله في المسالك وهذا التقديم يناسب الاستحباب اي تقديم الرهن على غيره لان الغرض معرفة الزائد والناقص وهو يحصل قبل القسمة وفي (التذكرة) قدمه أي الرهن على بيع المخوف وما هنا أي الشرائع أولى غير جيد اذ قد عرفت ما في التذكرة وانه ليس فيها الا التقديم بحسب الذكر لا التقديم بالفعل ﴿قوله﴾ ﴿ والجاني ﴾ جعل بيع الجاني بعد الرهن كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك لان العبد الجاني في حكم الرهن لتعلق حق المجني عليه برقبته واختصاصه به وربما فضل منه فضله كالرهن ويفارقه بانه لو قصر عن ارش الجناية لم يستحق المجني عليه الزائد لان حقه لم يتعلق بالذمة بل بالعين بخلاف الرهن فانه متعلق بهما وفي (جامع المقاصد) ان هذا الحكم كسابقه ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب وجعل في المبسوط والتذكرة وكذا التحرير والمسالك بيع الحيوان بعد بيع الجاني ونفى عنه البعد في جامع المقاصد لحاجته الى النفقة وكونه عرضة للهلاك وقال في (التذكرة) ثم سائر المنقولات لان التلف اليها أسرع من العقارات لانها لا يخشى عليها التلف ولا السرقة ﴿قوله﴾ ﴿ والتعويل على مناد مرضي عند الغرماء والمفلس ﴾ أي ينبغي ذلك كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وقال في (المبسوط) اذا اراد الحاكم بيع متاع المفلس يقول للمفلس والغرماء ارتضوا بمناد ينادي ويكون ثقة صادقا لان الحاكم لا يتولى ذلك ولا يكلف الغرماء ان يتولوا ذلك فان اتفقوا على رجل نظر الحاكم فان كان ثقة امضاه وان كان غير ثقة رده لانه يتعلق بنظره فكلامه محتمل للوجوب والندب والوجوب اظهر وفي (جامع المقاصد) هذا الحكم ينبغي ان يكون على طريق الوجوب لان الحق في ذلك للمفلس فانه ماله والغرماء لانهم استحقوا صرفه اليهم بدينهم (قلت) بل قد يقال انه ينبغي ان يكون على سبيل الاستحباب لان الحاكم بحجره على المكلف اسقط اعتباره وكان كوكيله وحق الغرماء الاستيفاء من القيمة وهي حاصلة بنظر الحاكم والحاصل انه يفوض اليهم التعيين كما قال هو في (جامع المقاصد) قال فان اتفقوا عليه وكان مرضيا أي ثقة أمضاه الحاكم والارده وعين مرضيا (قلت) هذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين الحاكم وفي (التذكرة وجامع المقاصد) وليس ذلك كالراهن والمرتهن اذا اتفقا على غير ثقة لبيع الرهن اذ لا نظر للحاكم معهما بخلاف ما هنا فان للحاكم نظرا في مال المفلس اذا الحجر بحكمه وربما ظهر غريم فيتعلق حقه ﴿قوله﴾ ﴿ فان تعاسروا عين الحاكم ﴾ كما في الشرائع قال في (المبسوط) وان اختلفوا فاختار المفلس رجلا والغرماء آخر نظر الحاكم فان كان احدهما ثقة والآخر غير ثقة امضى الثقة وقبله وأن كانا ثقتين الا ان أحدهما بغير أجرة قبله وامضاه وان كانوا جميعاً باجرة قبل أو ثقهما وأصلحهما للبيع وزاد في التذكرة أنهما أن كانا متطوعين ضم أحدهما الى الآخر لانه احوط قال في (جامع المقاصد) بعد نقل كلام التذكرة ومن هنا يعلم أن عبارة الكتاب تحتاج الى تنقيح (قلت) قوله أن تعاسروا عين الحاكم محرر منقح لانهما ان كانا متطوعين ثقتين عارفين وتعاسروا فلا ريب انه يعين الحاكم والضم أيضاً من تعيين الحاكم ﴿قوله﴾ ﴿ واجرته على المفلس ﴾ تقدم الكلام فيه ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن بل متأخرا أو معا ﴾ هذا معنى قوله في الشرائع ولا يجوز تسليم مال المفلس الا مع قبض الثمن

وانما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالاً فان خالف جنس الحق صرف اليه ثم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر (متن)

فان تعاسرا تقابضاً معا وفي (التحرير) لا يدفع الى من اشترى شيئاً حتى يقبض الثمن فان امتنع المشتري اجبر على التسليم والاخذ (قلت) الاقسام أربعة لاسبيل الى جبر البايع على التسليم أولا لان من يتصرف للغير لا بد وان يحتاط فان خالف الواجب وسلم المبيع قبل قبض الثمن ضمن واثم لكنه قال في (المبسوط) ان هذا أولى بعد أن صحح انهما يجبران كما ستسمع ولا سبيل الى عدم جبرهما لتعلق حق الغرماء بالثمن وهو حال فلا سبيل الى تأخيره بل لو رضي المفلس والغرماء بالتأخير لم يكن للحاكم أن يرضى بذلك على احتمال لا مكان ظهور غريم آخر فدينه يتعلق بالمال فتعين أحد القسمين الاخرين وهو اما أن يجبر المشتري على التسليم أو يجبران معا وهو خيرة المبسوط في اول كلامه والمختلف فقد اختلف كلام المبسوط كما قال في المختلف من دون تقادم عهد وقد يجتمع الجمع والتأويل وقد يحتمل احتمال آخر وهو ان يجبر على التسليم الى عدل وما يقبضه الحاكم من أثمان المبيع من اموال المفلس على التدريج فان كان الغريم واحداً سلم اليه من غير تأخير وكذا ان امكنت قسمته بسرعه لم يؤخر وان كان يعسر قسمته لقلته وكثرة الديون فله ان يؤخر ليجتمع فان امتعوا من التأخير قسم عليهم ويأتي في كلام المصنف ما اذا اقتضت المصلحة تأخير القسمة ﴿قوله﴾ ﴿ وانما يبيع بثمن المثل بنقد البلد حالا ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ووجهه واضح لما في النقصان عن ثمن المثل من الضرر في ذلك الزمان والمكان بل يباع بثمن المثل فصاعدا ان امكن من دون سعي بل قال في (التذكرة) لو كان بقرب بلد ملك المفلس بلد فيه قوم يشترون العقار في بلد المفلس انفذ الحاكم اليهم ليتوفر الثمن على المفلس وخص العقار بالذكر لانه ونحوه مما يرحل اليه ولا يستهجن الانفاذ بسببه والا فما كان الناس ليرحلوا من بلد الى بلد لشراء اثاث البيت ونحوه من طعام وغيره فلا وجه لقوله في جامع المقاصد لا وجه لتخصيص العقار بل وكذا غيره وقال في (التذكرة) ويبيع بنقد البلد وان كان من غير جنس حق الغرماء ومعناه انه لا يبيع الا بنقد البلد لانه أوفر ولان التصرف على الغير يراعى فيه المتعارف واما كونه حالا فلانه قد تقدم انه يجب قبض الثمن أولا ولما في ادامة الحجر من الضرر ﴿قوله﴾ ﴿فان خالف جنس الحق صرف اليه﴾ قال في (التذكرة) ان كان الثمن من جنس مال الغرماء دفع اليهم وان كان من غير جنسه فأن لم يرضى المستحقون الا بجنس حقهم صرف الى جنس حقهم ووجهه ان ذلك معاوضة لا تجوز الا مع التراضي فان رضوا جاز صرفه اليهم برضا المفلس وفي (التحرير) فان كان من غير جنس الحق دفع الى الغرماء بالقيمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم يقسم الثمن على نسبة الديون الحالة خاصة ولا يكلف الغرماء حجة على انتفاء غيرهم بل يكتفي باشاعة حاله بحيث لو كان لظهر ﴾ قال في (التذكرة) اذا طلب أرباب الديون القسمة عليهم لم يكلفهم الحاكم اقامة البينة على انه لا غريم سواهم ويكتفي الحاكم في ذلك بالاعلان والاشهاد بالحجر عليه اذ لو كان هناك غريم لظهر وطالب بحقه ولا فرق بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة الا ان الورثة يحتاجون الى اقامة البينة على ان لا وارث غيرهم بخلاف الغرماء والفرق ان الورثة اضبط من الغرماء وهذه شهادة على النفي يعسر

ولو اقتضت المصلحة تاخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطا فان تعذر اودع ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويباع فاضلهما ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة امثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة (متن)

تحصيلها ومدركها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان أعسر انتهى وفيه تأمل كما في مجمع البرهان بل ينبغي عدم التأخير في الورثة والغرماء الا مع المظنة للأصل وعدم جواز منع الناس عن حقوقهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة جعل في ذمة ملي احتياطا فان تعذر أودع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة لكنه قال في (التذكرة) انه أولى وكأنه وافقه صاحب جامع المقاصد وينبغي ان يقولوا مع الرهن كما تقدم مثله في باب الدين وينبغي أن يذكروا بيعه أيضاً وقد يكون مرادا من العبارة وظاهر الشرائع التوقف في جعله في ذمة ولي حيث نسبه الى القيل ووجهه أي التوقف أن وظيفة الحاكم في الاموال التي يليها انما هو الايداع كما هو الشان في اموال اليتامى وغيرهم ممن أمره أشد من مال المفلس فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة وفرق بينهما في التذكرة فرقا حكاه عن بعض أصحاب الشافعي وهو أن مال الصبي معد لمصلحه تظهر له من شراء تجارة أو عقار وقرضه قد يتعذر معه المبادرة الى ذلك ومال المفلس معد للغرماء خاصة فافترقا انتهى فتأمل ولا يجوز تأجيل القرض بسبب يقتضيه من اشتراط في بيع ونحوه كما في التذكرة وجامع المقاصد وقال في (التذكرة) وينبغي ان يودع ممن ترتضيه الغرماء فان اختلفوا أو عينوا من ليس بعدل لم يلتفت الحاكم وعين من أراد من الثقات ولا يودع من ليس بعدل والمحقق الثاني والشهيد الثاني على انه ينبغي اعتبار رضا المفلس أيضاً ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تباع دار السكنى ولا خادمه ويباع فاضلهما ﴾ قد حكي الاجماع في المبسوط والغنية على انه لا تباع دار سكناه ولا خادمه الذي يخدمه وهو أي الاجماع صريح التذكرة في الاول أي الدار وظاهرهما في الخادم وزاد في الغنية الاجماع على عدم بيع دابته التي يجاهد عليها وقد جزم هنا بانه يباع فاضلهما وهو الذي كان يرويه محمد أبن الحسن أبن الوليد وبه جزم في الروضة ومنع في التذكرة من بيع الدار والخادم وتكليفه شراء ادون منهما للأصل وعموم النهي عن بيع هذه الاشياء وقال ان كان في سكناه فصله يستغنى عنها وجب بيع تلك الفضلة ووافقه على هذا جماعة منهم صاحب الجامع وقد تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى في باب الدين وقد يكون أراد بالفاضل هنا مايخص العين فيوافق التذكرة أو ما يعم باعتبار العين والقيمة فيوافق مارواه ابن الوليد رضي الله عنه فاذا كانت الدار واسعة يكتفى ببعضها أو نفيسة يكفيه دار بقيمة بعضها أو الخادم متعددا أو نفيسا كذلك وجب البيع والاقتصار على مايكفي وكذلك الشان في فرسه وتمام الكلام في باب الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجري عليه نفقته مدة الحجر ونفقة من تجب عليه نفقته بالمعروف وكسوته جاري عادة أمثاله الى يوم القسمة فيعطى نفقتهم ذلك اليوم خاصة ﴾ لانه موسر في أول ذلك اليوم ولا يزيد على ذلك لانه لاضبط بعده هذا اذا لم يكن له كسب يصرف الى هذه الجهات فان كان ذا صنعة تكفيه لذلك أو كان يقدر على تكسب ذلك لم يترك له شيء وقد نص على ذلك في التذكرة ولا ينافيه قولهم لايجب عليه التكسب كقبول الهبة والوصية والصدقة لان هذا لايجب للغرماء لا للنفقة فتأمل وهل ينفق على الزوجات نفقة المعسرين أو الموسرين قرب في التذكرة الاول واحتمل الثاني

ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ويقدم كفنه الواجب فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقض (متن)

ولعل الدليل على جميع ماذكر في المتن الاجماع كما يفهم من ظاهر كلامهم كما في مجمع البرهان ويمكن فهم ذلك كله من الرواية الدالة على استثناء المسكن بمفهوم الموافقة أو تنقيح المناط وأطلق الاهل في الارشاد ولم يقيدهم بمن تجب نفقتهم وقد تقدم الكلام في ذلك كله أيضا وبينا أنهم قالوا في باب الدين انه يستثنى له قوت يوم وليلة له ولعياله وهـذا يخالف ماهنا من أنه يعطى نفقة ذلك اليوم خاصة وكان الجمع ممكن وقوله بالمعروف قيد في النفقة كما ان قوله جاري عادته قيد في الكسوة كما هو المتعارف في لسان أهل العرف والمراد العادة في الشرف والضعة على الظاهر فلا يغني أحدهما عن الآخر كما ظنه في جامع المقاصد وقد يراد بالمعروف الاقتصاد ويكون الغرض المنع من التوسعة التي هي فوق الاقتصاد وان لم تعد اسرافا كما تقدم مثله في باب الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقت القسمة في طريق سفره فالاقرب الاجراء الى يوم وصوله ﴾ كما في الايضاح وجامع المقاصد وقد استضعفا العدم لمكان الاضرار المؤدي الى الهلاك أو المشقة العظيمة لولاه وظاهر العبارة أن المراد وصوله الى منزله وفي (جامع المقاصد) انه مستقيم ان لم يكن دونه موضع آخر فان كان دونه بلد آخر ففي الاجراء الى وطنه المألوف اشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويقدم كفنه الواجب ﴾ اجماعا كما في جامع المقاصد وظاهر مجمع البرهان ويدل عليه صحيحة زرارة ورواية اسماعيل بن أبي زياد قالوا كما في الكفاية ويقتصر على الواجب والرواية مطلقة وفي (التذكرة) أنه لايجوز أن يكفن بأزيد الا باذن الغرماء وصرح جماعة بأنه يقدم كفن من تجب نفقته ممن يجب تكفينه عليه قبل الافلاس قالوا ويعتبر فيه الوسط مما يليق به عادة ولا يقتصر على الادون مع احتماله وبه قطع في البيان وقالوا وكذا تستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها كالمكان اذا احتاج الى الاجرة وتمام الكلام في باب الطهارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ظهر بعد القسمة غريم رجع على كل واحد بحصة يقتضيها الحساب ويحتمل النقض ﴾ الاحتمال الاول خيرة الايضاح وجامع المقاصد والاحتمال الثاني خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمسالك (حجة) الاول ان كل واحد منهم قد ملك ماهو قدر نصيبه بالاقباض الصادر من أهله في محله فلا يجوز النقض لانه يقتضي ابطال الملك السابق أما الحصة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر فانها غير مملوكة له فتستعاد وأنت خبير بأن الملك كان مبنيا على الظاهر من انحصار الحق فيهم وقد تبين خلافه ولا فرق في نفس الامر بين سائر غرمائه وهـذه وان لم تكن شركة حقيقية لـكن الايفاء مشروط ببسط المـال على نسبة ديون سائر الغرماء أقصى ماهناك انه لم يكن في أول الامر سواهم في الظاهر فصحت ظاهرا فلما ظهر المتشارك في الاستيفاء لم تصح القسمة الاولى وحصة الغريم مشاعة في جميع المال وقد قسم بغير اذنه فلا تصح القسمة من رأس فكان الشان فيه كما لو اقتسم الشركاء ثم ظهر شريك آخر (ومما ذكر) تظهر حجة القول الآخر وتنقيح البحث أن يقال اذا ظهر غريم بعد القسمة فاما أن يطالب بعين من مال بأن يكون قد باعه مبيعا وعينـه قائمة في أموال المفلس فان له أن يرجع في تلك العين أو يطالب بدين في الذمة وعلى الاول فاما أن تكون تلك العـين قد صارت بالقسمة في حصـة بعض الغرماء أو صارت للغرماء جميعا بالسوية فهي في أيديهم جميعا أو في يد أجنبي بأن يكون قد باعها

ففي الشركة في النماء المتجدد اشكال (متن)

الحاكم وقسم قيمتها على الغرماء فهنا أربع صور ففي صورتي مااذا كانت عينا واختص بها بعض الغرماء أو باعها الحاكم لاسبيل الا نقض القسمة لان العين اذا انتزعت من أحدهما وردت الى البائع بقي الآخر بغير حق وأما في صورتي ما اذا كان الطلب دينا أو عينا ولكنها في يد جميع الغرماء بالسوية ففيه الخلاف والظاهر النقض وجعل في الايضاح منشأ الاحتمالين أنها هل هي قسمة حقيقية أو قضاء دين قال ومبنى ذلك على أن الدين هل يتعلق بالتركة تعلق الدين بالرهن أو الجناية برقبة العبد فان قلنا بالاول كان قضاء فيرجع بحصة يقتضيها الحساب لانه يكون بمنزلة صاحب الدين اذا أخذ أكثر مما يستحقه فيرجع عليه بالزائد وان قلنا بالثاني فهي قسمة حقيقية فتبطل لأنها قسمة الكل بين بعض المستحقين وهو كما ترى لم يتضح لنا وجهه ولا سيما الشق الثاني لانه لا يلزم من كون تعلقه بها كتعلق الارش ثبوت القسمة حقيقة التي هي فرع الشركة الحقيقية والمجني عليه لايملك الجاني ولاشيأ منه بمجرد الجناية وان استحق ذلك اذا كانت غير عمد أو كانت عمدا على الصحيح وتظهر فائدة القولين في النماء المتجدد بعد القسمة فعلى النقض لاشركة بل الاصل والنماء باق على ملك المفلس فيقسم الجميع بين الغرماء وعلى الرجوع بالحصة النماء مشترك بين المفلس والغرماء على نسبة المملوك بالقبض فاذا كان دين الغريم الظاهر بقدر عشر مجموع الديون كلها بعد اعتباره معها مثلا ملك كل واحد من القابضين تسعة أعشار المقبوض فيملك تسعة أعشار النماء ويبقى عشر المقبوض وعشر النماء على ملك المفلس فيجمع الجميع ويدفع الحصة الى الغريم ويقسم نماؤها بين الجميع كما ستسمع تمام الكلام عند بيان الاشكال في كلام المصنف وتظهر أيضا فيما اذا تصرف واحد في مقدار نصيبه فعلى الاول يمضي وعلى الثاني يجب بدله وتظهر أيضا في وجوب الزكوة اذا بلغ النصيب النصاب واجتمعت الشروط على الاول دون الثاني وفيما اذا زادت القيمة الآن فعلى النقض تصرف الزيادة في باقي الديون والا أخذ ما يصيبه من القسمة الاولى وفيما اذا أتلف أحدهم ما أخذه وكان معسرا لايمكن الرجوع عليه بشيء فان قلنا بالاول أي الحصة رجع على الموسر بذلك القدر لاغير وان قلنا بالنقض جعل مافي يد الآخر كل المال واقتسماه دون المعسر ولنوضح الحال في أصل المسئلة في عنوان المثال (فنقول) اذا قسم الغريمان المال وهو خمسة عشر ودين أحدهما عشرون والآخر عشرة فانه يقسم أثلاثا يأخذ صاحب العشرين عشره وصاحب العشرة خمسة فاذا ظهر غريم ثالث وله ثلاثون فان قلنا بالنقض نقضت القسمة وبسط المال على نسبة مالكل منهم فاذا كانت الخمسة عشر من جنس الدنانير سطاها على الديون أرباعا لانها ستون وان قلنا بعدم النقض استرد الظاهر من كل واحد منهما نصف ماحصل له وان كان الذي ظهر دينه عشرة استرد من كل واحد منهما ثلث ماأخذه ﴿قوله﴾ ﴿ففي الشركة في النماء المتجدد اشكال﴾ قال في (الايضاح) هذا فرع على النقض وعدمه فان قلنا بالنقض شارك والا فلا ومنشأ الاشكال هل هو رفع قسمة من أصلها أم فسخ متجدد وهو كما ترى وقد عرفت آنفا انه متفرع على الاحتمالين السابقين وكيفية تفريعه بما لا مزيد عليه لكن المتبادر من العبارة تفريع الشركة في النماء وعدمه على احتمال النقض وليس مرادا ولا صحيحا كما في جامع المقاصد وهو ظاهر وكذا المتبادر منها أن الشركة في النماء وعدمها بين الغريم الظاهر وعدمه وباقي الغرماء لابينهم وبين المفلس وهو الذي فهمه الشارح والشهيد الثاني

ولو تلف المال بعد النقض فـفي احتسابه على الغرماء اشكال ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحـد بجزء من الثمن ان كان قد تلف ويحتمل الضرب لأنه دين لزم المفلس والاقرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئلا يرغب الناس عن الشراء (متن)

في المسالك ولا شبهة انه غلط لا محصـل له يظهر بأدنى تأمل كما في جامع المقاصد قال بل المراد الشركة بين المفلس والغرماء وعدمها وان صعب فهمه من العبارة ثم ان المصنف اختار الرجوع بالحصة وجعـل النقض احتمالا فكيف يكون عنده اشكال في الشركة وعدمها لان الاشكال يقضي بتكافؤ الطرفين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف المـال بعـد النقض ففي احتسابه على الغرماء اشكال ﴾ ينشأ من الضمان بصحيحه والاصل كما في الايضاح والاصح الضمان واحتسابه على الغرماء كما في جامع المقاصد ومعناه أنه لو تلف المال في يد الغرماء بغير تفريط بعد ظهور غريم آخر ونقض الحاكم ففي احتسابه عليهم بحيث يجب عليهم الغرم اشكال ينشأ من عـدم التفريط واصالة البراءة ومن أنهـم قبضوه للاستيفاء والقبض يضمن بفاسده كما يضمن بصحيحه للقاعدة المقررة مع تأييده بظاهر قوله عليه السلام على اليد ماأخذت حتى تؤدي وفي(جامع المقاصد) أن في كلام المصنف مناقشتين (أحداهما) أنه قد أسلف في الرهن الجزم بالضمان بفاسد القبض للاستيفاء وكذا في نظائره فلا وجه للاشكال (قلت) لعل هـذا عند المصنف وولده ليس من نظائره لانه بحكم الحاكم فالتسليم والتسلم واجبان فكان محل اشكال مضافا الى مايأتي (الثانية) أن تقييده التلف بكونه بعد النقض لا محصل له لانه ان أراد بالنقض تصريح الحاكم بقوله نقضت القسمة فلا أثر لهذا القول والقسمة منقوضة مع هـذا القول وعدمه (قلت) كأنه لم يلحظ كلام القوم اذ قضـية كلامهم أنها لاتنقض الابحكم الحاكم لان في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وغـيرها نقضها الحاكم وظاهره توقفـه على قوله ونقضـه والظاهر أنه كذلك اقتصارا على المتيقن و بذلك أيضا تدفع المناقشة الاولى أيضا عند امعان النظر فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو خرج المبيع مستحقا رجع على كل واحد بجزء من الثمن ان كان قـد تلف ويحتمل الضرب لانه دين لزم المفلس والاقرب التقديم لانه من مصالح الحجر لئـلا يرغب الناس عن الشراء ﴾ ما قربه المصنف هو الذي صححه في المبسوط وجزم به في الخـلاف وقواه المصنف في التذكرة وولده في الايضاح واستجوده في جامع المقاصد والظاهر منه في التذكرة كما هو صريح المبسوط والتحرير ان المسئلة مفروضة في التلف في يد الحاكم أو أمينه قبـل قبض الغرماء له ولا ريب ان تلفـه في يد أحدهما كتلفه في يد المفلس فينحصر الضمان فيه فيقدم المشتري أو يضرب مع الغرماء على الاحتمالين وقيده في (جامع المقاصد) بمـا اذا لم يكن الغصب معلوما عند القابض يعني الحاكم أو أمينه قال والا استقر الضمان عليه لانه غاصب (قلت) هذا فرض بالنسبة الى الحاكم موهون لان المفروض انه الفقيه المامون على الدنيا والدين فلا يخون ولا يغصب ولا يستأمن الا الثقة الامين وظاهر الكتاب ان التلف بعد قبض الغرماء له وهو حينئذ مضمون عليهم لقبضهم اياه للاستيفاء فيتخير المشتري في الرجوع عليهم جميعا كل بقـدر مايتلف في يده والرجوع على المفلس فيقدم به أو يضرب مع الغرماء فان رجع على الغرماء لم يرجعوا به على المفلس سواء كانوا عالمـين أو جاهلـين لان قبضهم كان مضمونا نعم لهم الرجوع بدينهم لانه باق وان رجع على المفلس رجع هو على الغرماء لمـا عرفت والمصنف في الكتابين لم يفصل بين علم المشتري

ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ فان بقي من الدين شيء لم يستكسب وهل تباع ام ولده من غير رهن نظر فان منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشاء من كون المنافع اموالا كالاعيان ومن كونها لاتعد مالا ظاهرا والاول اقوى (متن)

بوكالة الامين وعدمه كما صنع في الرهن قال لو خرج الرهن مستحقا فالعهدة على الراهن لا العدل ان علم المشتري بوكالته ولو لم يعلم المشتري بوكالته حالة البيع فله الرجوع على العدل ولعله لوضوح الفرق اذا المفروض انه مفلس نودي عليه واشتهر أمره على أن الامين غير العدل على الظاهر لانه أمين الحاكم والعدل مااختاره المتراهنان فتامل ﴿قوله﴾ ﴿ولو بذلت زيادة بعد الشراء استحب الفسخ﴾ قال في (المبسوط) اذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله ثم جاء به زيادة بعد لزوم البيع وانقطاع الخيار سأل المشتري الاقالة أو بذل الزيادة ويستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لان فيه مصلحة المفلس وان لم يجبه الى ذلك لم يجبر عليه لان البيع الاول قد لزم وظاهره انه يستحب ذلك للحاكم أو أمينه وهو ظاهر جامع المقاصد وقد يظهر من الشرائع عدم استحباب ذلك لهما حيث قال ولو باع الحاكم أو أمينه ثم طلب بزيادة لم يفسخ العقد ولو التمس من المشتري الفسخ لم تجب الاجابة لكن تستحب خصوصا اذا قرأنا التمس مبنيا للمجهول وليس في التحرير الا أنه يستحب للمشتري الاقالة أو بذل الزيادة ولعل مراده اذا التمسه المفلس وفي (الحواشي) انما يستحب اذا كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو حيوان والا فلا وأما استحباب ذلك للمشتري فلا ريب فيه بل لا ريب في استحباب كل اقالة وأما اذا كان هناك خيار يقتضي الفسخ ففي (جامع المقاصد) انه لا اشكال في وجوب الفسخ وفي (المسالك) انه أقرب وقد سمعت مافي الحواشي وقال في باب الوكالة لو حضر في مدة الخيار من يزيد على ثمن المثل ففي وجوب الفسخ على الوكيل اشكال وصاحب (جامع المقاصد) قال هناك ان كانت وكالته شاملة للفسخ بخيار وجب ﴿قوله﴾ ﴿فان بقي من الدين شيء لم يستكسب﴾ قد نص على ذلك في المبسوط والخلاف وما تأخر عنهما مما تعرض له فيه قال في (المبسوط) لاخلاف في أنه لايجب عليه قبول الهبات والوصايا والاحتشاش والاحتطاب والاغتنام والمخالف بن حمزة والمصنف في المختلف فأوجبا عليه التكسب واستحسنه الشهيد وقد تقدم الكلام في ذلك كله في باب الدين وقد جمعنا هناك بين قولهم لايستكسب وقولهم يجب عليه السعي في قضاء الدين ﴿قوله﴾ ﴿وهل تباع أم ولده من غير رهن نظر﴾ حمل منشأ النظر في الايضاح وجامع المقاصد من تعارض عمومي بيع أمواله فان أم الولد مال ومنع بيع أمهات الاولاد الا فيما استثناه النص ولا نص هناك قلت والاصح أنها لا تباع ولهذا لم يتعرض له الجماعة وانما تعرضوا لمؤاجرتها وهذا النظر ينافي ما سبق من حزم المصنف بجواز وطئ المفلس أم ولده وتردده في وطئ غيرها من الاماء فانه على هذا التردد يجب هناك أيضا اذ هي على أحد الاحتمالين من متعلقات الحجر وقد تقدم الكلام في ذلك ﴿قوله﴾ ﴿فان منعناه ففي مؤاجرتها ومؤاجرة الضيعة الموقوفة نظر ينشأ من كون المنافع أموالا كالاعيان ومن كونها لاتعد مالا ظاهرا والاول أقوى﴾ كما في الايضاح وفي (التحرير) انه الوجه وفي (جامع المقاصد) انه قوي وفي (المبسوط) اذا كانت له أم ولد يؤمر باجارتها ويجبر على ذلك بلا خلاف لانها ماله وظاهره نفيه بين المسلمين لكنه في التذكرة نقل عن الشافعية وجهين وفيها أي التذكرة ان الثاني أقرب وقد حمل

واذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم وكذا لو اتفقوا على رفع حجره (متن)

وجهي النظر في التذكرة من أن المنافع وان لم تكن مالا فانها تجري مجراها فيجب بذلها للدين ومن حيث ان المنافع لا تعد أموالا حاضرة حاصلة ولو كانت تعد لوجب اجارة المفلس نفسه ولوجب الحج والزكاة فكأن وجهي النظر في الكتابين من واد واحد على اختلافهما وكالمتدافعين والتأويل ممكن والجمع هين والاولى توجيه النظر بما في جامع المقاصد من أن المنافع تعد أموالا أم لا والاصح انها لاتعد أموالا الا اذا استوفيت أو استؤجر عليها فانهم حينئذ عدوها أموالا وأجروها مجراها ولهذا قالوا منافع المملوك لاتضمن الا بالاستيفاء وان منافع الحر اذا استؤجر عليها كالاجير الخاص تضمن وانها لو كانت مالا لوجب على المفلس اجارة نفسه وقالوا انه لايجب الحج مع الاستطاعة بالمنافع كما اذا استطاع باجارة الدار فلو كانت مالا لوجب اجارتها لتحصيل الاستطاعة كما يجب بيع عين المال كذلك وليس هو حينئذ من قبيل الواجب المشروط بل من قبيل الواجب المطلق الذي يجب تحصيل مقدمته وقال في (جامع المقاصد) يمكن التفصي عن لزوم الحج بها بأنه انما يجب بالمال الحاضر والمنفعة تتجدد شيأ فشيأ ولا يوثق بها بحيث يستوفي الجميع فيستقر ملك الاجرة وقال نعم لو أجر الاعيان بمقدار المؤنة وجب حينئذ لكونه مالكا انتهى وهذا غير ماذكرناه والظاهر انه غير مرادهم قال الشهيد وعلى الاقوى هل يجب الحج مع الاستطاعة باجارتها ولم يقل باستيفاء منفعتها المتجددة شيأ فشيأ والحاصل ان الوجه الذي ذكره من البعيد جدا ان أحدا يحتمله فتأمل جيدا ولعل ماقربه في التذكرة أقرب الا أن يكون الاجماع على خلافه فانه على القول بوجوب مؤاجرتها يجب أن يواجرها مرة بعد أخرى الى أن يفي الدين أو مدة طويلة وقضية ذلك ادامة الحجر الى قضاء الدين وهو بعيد جدا عن محاسن الشرع لانه وان ملك الاجرة بالعقد لكنه لايجب تسليمها الا بعد العمل لانه لايوثق ببقائها بحيث يستوفي الجميع فيستحق ملك الاجرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا لم يبق له مال واعترف به الغرماء فك حجره ولا يحتاج الى اذن الحاكم ﴾ هذا مما لاأجد فيه خلافا الا من الشافعي في أحد قوليه وقد حكى في الكفاية قولا بالاحتياج الى اذن الحاكم ولم نجده ولا حكاه غيره وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وظاهر الارشاد وهو خيرة الايضاح كما يأتي ووجهه في التذكرة بان الحجر لحفظ مال الغرماء وقد حصل فيزول الحجر ولتفريق ماله وقد حصل فتركه محجورا عليه يزيد في الفرض قلت لاداعي الى تركه محجورا عليه بل يذهب الى من حجر عليه اذ المفروض وجوده والتمكن منه ثم انه هو الذي نادى عليه وأعلن وأشهد بالحجر عليه فان لم ينقض هو ذلك لم يعامله معاملوه واستصحبوا الحجر ثم ان الحجر يشمل المتجدد بالاحتطاب وشبهه وأيضا من أقسامه من لامال له أصلا فلو رفع الحجر عنه لانتفاء المال وجب أن لايصح الحجر على من لامال له الا أن يقال ان الحجر في هذا القسم لا يرتفع الا بفك الحاكم عند ما يقتضيه نظره واجتهاده وبالجملة فان كان اجماع والا فللنظر مجال وهذا كله مع اعتراف الغرماء بأنه لا مال له سواه أو عدم تعرضهم لغيره فلو ادعوا أو بعضهم عليه مالا آخر فسيأتي ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو اتفقوا على رفع حجره ﴾ أي لايحتاج الى اذن الحاكم كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الحجر لهم وهو حقهم وهم في أمواله كالمرتهن في حق

ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ولو باع من الغريم ولا دين له سواه صح على الاقوى لأن سقوط الدين يسقط الحجر (متن)

المرهون ويحتمل انه لا يرتفع وهو القول الآخر للشافعي لاحتمال أن يكون هناك غريم سواهم غائب فلا بد من نظر الحاكم واجتهاده (وفيه) ان الاصل العدم والا لما جازت قسمة المال على الموجودين مع قيام الاحتمال وادامة العقوبة بالتجويز غير جائزة على انه لو بقي الحجر لاجله لم يكن للحاكم رفعه كما انه ليس له رفع الحجر قبل القسمة من دون رضا الغرماء ﴿قوله﴾ ﴿ ولو باع من غير الغرماء باذن فالاقرب الصحة ﴾ كما في التذكرة والتحرير والايضاح كما يصح بيع المرهون باذن المرتهن ولان الحجر لحقهم فاذا أذنوا جميعا سقط حقهم والاصل عدم غريم آخر وعموم الحجر بالنسبة الى غير الملتمس من الغرماء انما يقتضي المشاركة في الضرب لا توقف صحة البيع على اذنه مع كونه غير معلوم لامتناع أن نخاطب بتحصيل اذن غير المعلوم (وفي جامع المقاصد) انه قريب (أقرب خ ل) وان كان التوقف على اذن الحاكم أولى (قلت) لادليل على هذه الاولوية مع كونه انما حجر عليه لحقوق الغرماء ولو بقي الحجر لاجل هذا المحتمل لم يكن للحاكم دفعه فليتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ ولو باع من الغريم ولا دين له سواه صح على الاقوى لان سقوط الدين يسقط الحجر ﴾ كما في التذكرة والتحرير وقال في (التذكرة) ويمكن أن يقال لانجزم بصحة البيع وان قلنا ان سقوط الدين يسقط الحجر لان صحة البيع اما أن تفتقر الى ارتفاع الحجر أولا فان افتقرت وجب الجزم بعدم الصحة والا لزم الدور لانه لايصح البيع ما لم يرتفع الحجر ولا يرتفع الحجر مالم يسقط الدين ولا يسقط الدين مالم يصح البيع (قلت) ويقرر الدور بعبارة أخرى كما في جامع المقاصد وهي ان صحة البيع فرع زوال الدين المقتضي لزوال الحجر وزوال الدين موقوف على صحة البيع (ويمكن الجواب) بأن صحة البيع موقوفة على رضا الغريم الحاضر الظاهر به وشراؤه من المفلس يستلزم رضاه لان العاقل لا يفعل عبثا فلا يفرق بين المسلم وغيره وان كان مسلما فلوجوب حمل فعل المسلم على الصحة فيحمل الشراء على المعتبر شرعا واحتمال ظهور غريم آخر لا يجدي لان صحة التصرف غير موقوفة على اذن غريم آخر غير ظاهر ويأتي بيان الحال فيما اذا ظهر الغريم الآخر وحكى في جامع المقاصد عن الشارح انه قرر الدور بان سقوط الدين معلول صحة البيع والبيع مشروط بصحة المبيع فيدور (ورده) بانه محتمل لأن كونه معلولا لصحة البيع هو عبارة عن كونه مشروطا به وهذا لا يقتضي الدور (قلت) لم اجد ذلك في النسخة التي عندي من الايضاح وهي عتيقة معربه محشاة وعد الى عبارة التذكرة قال وان لم تفتقر صحة البيع الى ارتفاع الحجر فغاية الممكن اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر فلتخرج الصحة على الخلاف فيما اذا قال العبد لزوجته ان مات سيدي فأنت طالق طلقتين وقال السيد لعبده اذا مت فانت حر فمات السيد وهو لا يتأتى على مذهبنا وفيه كما في جامع المقاصد أن أمكان اقتران صحة البيع وارتفاع الحجر لا يقتضي الصحة لوجوب تقدم الشرط فان رفع الحجر شرط لصحة البيع (قلت) قد يكون حينئذ من قبيل الصلوة واجزائها فان مجموع الصلوة متوقف على اجزائها من حيث الصحة واجزاؤها من حيث الصحة متوقفة على مجموعها فهو دور المعية وبه يجاب عن الدور أيضا فليتأمل (اذا تقرر هذا) فاذا ظهر غريم والحالة هذه اخذ من المشتري حصة يقتضيها الحساب ويحتمل بطلان البيع في مقدار تلك الحصة هذا ان لم تقل بالنقض وان قلنا به أمكن الحكم ببطلان

والمجني عليه اولى بعبده من الغريم فان طلب فكه فللغريم منعه ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن او العين ﴿ المطلب الرابع في الاختصاص ﴾ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره (متن)

البيع من رأس لان الدين لا يجوز جعله ثمنا اذ لا يستحق استيفاؤه والحالة هذه فلا يجوز ان يقابل به مال كما حققه المحقق الثاني وقال فما قواه المصنف لا يخلو من نظر اذ لو ظهر غريم والحالة هذه تطرق احتمال بطلان البيع في مقدار الحصة وان اذن الحاكم لتبين عدم صحة مقابلتها بمال وليعلم أنه لا فرق بين ما اذا اتحد الغريم أو تعدد واشتروا جميعاً وأنه لو كان شراء الغريم بغير الدين فعلى ما سبق اختياره من صحة بيع الاجنبي يجب الحكم هنا بالصحة في الجميع وأن ظهر غريم ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمجني عليه أولى بعبده من الغريم فان طلب فكه فللغريم منعه ﴾ كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد فيباع العبد في الجناية فان زادت قيمته رد الفاضل الى الغرماء ولو كانت أقل لم يثبت للمجني عليه غيرها وله أسترقاقه وانما كان أولى مع استيعاب الجناية لقيمته لان حقه متعلق بعين الجاني ولا يستحق سواه فلذلك كان للغريم منعه لو طلب فكه مع عدم المصلحة في فكه فلو كانت هناك مصلحة كما اذا كان كسوبا يثمر مالا الى حين القسمة وقيمته باقية فله فكه لمصلحته والضمير راجع الى المفلس والتقدير ظاهر لا الى المجني عليه توسعا لان الاضافة تكفي فيها أدنى ملابسه ولو كان المفلس هو الجاني كان غريمه اسوة الغرماء لأنها هنا تتعلق بذمة الجاني فكان كغيره من الغرماء وقد تقدم وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تلف من المال المودع قبل القسمة فهو من مال المفلس سواء كان التالف الثمن أو العين ﴾ كما في التذكرة لان المال للمفلس تلف في يد أمينه وهو ظاهر اذا كان عينا وأما اذا كان ثمنا فلانه دخل في ملكه بالبيع عنه وانما يملكه الغرماء بقبضه لكن تعلق حقهم به يجري مجرى الرهن حيث تعلق حق المرتهن به وكما ان تلف الرهن من الراهن وان كان في يد المرتهن فكذا هنا ولا ريب ان المراد اذا لم يكن التلف بالتعدي أو التفريط وقال مالك العروض اذا تلفت من ماله والدراهم والدنانير من مال الغرماء ولا فرق بين أن يكون الضياع في حيوة المفلس أو بعد موته وقال أبو حنيفة ما يتلف بعد موته فهو من ضمان الغرماء ﴿ المطلب الرابع في الاختصاص ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن وجد من الغرماء عين ماله كان أحق بها من غيره ﴾ قاله في الصحابة أمير المؤمنين عليه السلام وعثمان وابو هريرة وفي التابعين عروة ابن الزبير وفي الفقهاء مالك والاوزاعي والشافعي والعنبري واحمد واسحق وبه صرح في الخلاف والغنية والسرائر والشرائع وما تأخر عنها مما تعرض له فيه وهو المحكي عن أبي علي والقاضي وفي (الغنية وجامع المقاصد) الاجماع عليه وفي (المسالك) انه المشهور وعليه العمل وفي (مجمع البرهان) أنه المشهور وفي (الكفاية) انه الاشهر ولا فرق عندهم بين ان يكون للمفلس مال سوى العين ام لا كما هو قضية كلام جماعة وصريح آخرين تمسكا بعموم النص وفي (التهذيب والاستبصار والنهاية والمبسوط) انه لا اختصاص الا ان يكون هناك وفاء ويتصور ذلك بتجدد مال آخر للمفلس بارث أو اكتساب وبكون الديون انما تزيد على امواله مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واجده فاذا خرج الدين من بين ديونه والمتاع من بين أمواله صارت وافيه بالديون (حجة المشهور) صحيحة عمر ابن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه

وله الضرب بالدين والخيار على الفور على اشكال (متن)

الغرماء وقد خصصت بالمحجور عليه لفلس مع حلول دين صاحب المتاع حين الحجر وحيوته بالاجماع اذ الظاهر انهم مطبقون على انه لارجوع بالعين لو كان الغريم غير مفلس محجور عليه لفلسه ولعل فيها اشعارا بكونه محجورا عليه للفلس لمكان قول السائل بركبه وقول الامام عليه السلام لا يحاصه وقول السائل عنده قد يقضي بانه حي وظاهر قوله عليه السلام لا يحاصه يدل على ان ليس هناك وفاء للغرماء فكان فهم الاصحاب في محله وروى العامة من ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا افلس الرجل ووجد سلعته فهو أحق بها ونحوه ما رووه عن أبي حلوة البرقي (وحجة الشيخ) صحيحة ابي ولاد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله واصاب البايع متاعه بعينه له ان يأخذه اذا خفق له (خفي له خل) قال فقال ان كان عليه دين وترك نحوا مما عليه فليأخذ ان خفي له فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحوا من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع وخفي يستعمل في الظهور والخفاء وخفق يأتي بمعنى لمع وهي لا تدل على مطلوبه لتخصصها بالميت بل يمكن تخصيصها بالمفلس اذا مات لأشعار قوله عليه السلام يأخذ بحصته بتقسيم ماله على الغرماء وذلك في المفلس وكأنه الى ذلك نظر بعضهم وقال باختصاص الحكم بالمفلس حين الموت لكن قد عرفت أن الميت يحل ما عليه من الديون فتقسم وتحصص مع عدم الوفاء ومعه يقدم صاحب العين فتكون واردة في الميت مطلقاً ولك ان تقول أنها ليست في ذلك نصه ولا بتلك المكانة من الظهور وأن الرجوع الى العين خلاف القواعد فيقتصر فيه على محل الوفاق وظهور الدليل لكن المشهور انه لا فرق بين أن يموت المديون محجورا ام لا فقد فهموا الاطلاق من الرواية وكيف كان فليست بموجبه لحمل صحيحة عمر ابن يريد على ما اذا كان ميتا ووفى ماله لانه لا منافات بينهما على ان الاولى ظاهرة في عدم الوفاء كما عرفت وقد وجهوا الفرق بين الميت والحي المفلس ان الميت لا تبقى له ذمة فديونه تتعلق بامواله ولا كذلك الحي فانه قادر على الاكتساب وتحصيل شيء للغرماء ولا كذلك الميت ﴿ قوله ﴾ ﴿ وله الضرب بالدين ﴾ لعله لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وهو كذلك وان ترك ذكره البعض وصحيحة ابي ولاد التي تقدمت تدل على أن أخذ العين جائز لا واجب فما في الحدائق غير صحيح وأشار بقوله بالدين الى انه يضرب بالثمن لا بالقيمة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والخيار على الفور على اشكال ﴾ ولم يرجح أيضاً ولده في الايضاح ولا الشهيد في الحواشي وفي (المبسوط) ان الفور احوط وفي (المسالك) أولى وفي (الشرائع) لو قيل بالتراضي جاز وفي (التحرير) كان وجها وهو خيرة المسالك وفي (التذكرة) الاقرب انه على الفور وفي (جامع المقاصد) يمكن ترجيح الفورية بانها الاشهر في كلام الاصحاب وفيه جمع بين الحقين فالقول بالفورية قريب انتهى (قلت) وجه الفورية كما في التذكرة بان الاصل عدم الخيار فيكون الاصل عدم بقائه لو وجد ومعناه ان الاصل في البيع اللزوم فيقتصر في الخروج عنه على ما تندفع به الضرورة وانه خيار ثبت في المبيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالعيب وهذا كما ترى وان القول بالتراخي يؤدي الى الاضرار بالغرماء من حيث انه يؤدي الى تأخير حقوقهم ووجه التراخي انه حق رجوع لا يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة وهذا كما ترى وان النص دل على ثبوت

سواء كان هناك وفاء أم لا ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والمعوض والمعاوضة أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالافلاس فلو وفى المال فلا رجوع ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة وتجويز ظهور غريم (متن)

الخيار فيكون مخرجا لهذا الفرد عن اللزوم وعوده يحتاج الى دليل واصل اللزوم معارض باصل بقاء الخيار واستصحابه وقديفهم من صحيحتي عمر وابي ولاد عدم الفورية لعدم التعرض لها فيهما باشارة ولا تلويح والامر في قوله عليه السلام فليأخذ ليس للفور اجماعا وقد ثبت له الاخذ فيبقى وقد تقدم لنا في خيار الغبن والرؤية ماله نفع تام في المقام هذا وقوله الخيار على الفور جملة معترضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء كان هناك وفاء ام لا ﴾ في الحواشي في هذه العبارة نظر لانه مع وفاء المال يمنع من الرجوع في العين قلت لان التقدير ان من وجد من الغرماء عين ماله كان احق بها من غيره اذا كان هناك مال سواها سواء وفى لباقي الديون ام لا لان هذا تعميم بعد التعميم الحاصل بقوله وان لم يكن سواها لكنه على الشق المحذوف اي هو احق ان كان سواها وان لم يكن وعلى تقدير ان يكون سواها فهو احق سواء كان هناك وفاء لباقي الديون اولا ويتصور ان يكون في التركة وفاء لباقي الديون مع الحجر بما ذكرناه آنفا في توجيه كلام الشيخ من تجدد ارث أو اكتساب أو ارتفاع قيمة أو بأخراج دين صاحب العين من بين الديون وعينه من بين الاموال وحينئذ فكيف يثبت له الخيار قلنا يثبت له الخيار في اول الامر عند أول الحجر فيستصحب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويفتقر الرجوع الى أركان ثلاثة العوض والمعوض والمعاوضة ﴾ قال في (التذكرة) حق الرجوع لا يثبت للبائع على الاطلاق بالاجماع بل مشروط بامور ولا يختص الرجوع بالبيع بل يثبت في غيره من المعاوضات وانما يظهر الغرض بامور ثلاثة العوض المتعذر تحصيله والمعوض المسترجع والمعاوضة التي انتقل بها الملك الى المفلس ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما العوض فهو الثمن وشرطه أمران تعذر الاستيفاء بالافلاس فلو وفى المال فلا رجوع ﴾ لا يعجبني جعل هذا شرطا هنا لأن هذا شرط للتحجير لا للاختصاص بعد ثبوت الحجر الذي من جملة أحكامه الاربعة الاختصاص ولعله انما ذكره تمهيدا لما بعده أو للتنبيه على خلاف الشافعي أولهما أو للتنبيه على خلاف الشيخ فانه جعل امتناع المؤسر من دفع الثمن للبائع مسلطا له على الفسخ كما يأتي التنبيه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يسقط الرجوع بدفع الغرماء للمنة وتجويز ظهور غريم ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط وفرض المسئلة فيه فيما اذا قالوا له نوفر عليك ثمنها بكماله وتسقط حقك من العين قال وتكون فائدتهم أن العين تساوي أكثر من دينه الذي هو ثمنها فيوفروا عليه الثمن ليرتفقوا بقيمتها في ديونهم وهو الذي حكاه عنه في التذكرة بعبارة موجزة محررة وزاد في التحرير ما اذا أرادوا دفع الثمن منهم ولا ريب أن في الفرض الاول منة في الجملة وخوف ظهور غريم يزاحمه مع عموم الخبر وفي الثاني منة خاصة مع العموم وعبارة الكتاب ظاهرة في معنيين وهما دفعهم اليهم من مالهم حيث لا تكون في العين زيادة تقتضي الرغبة في بذل العوض أو من مال المفلس بمعنى تقديه في الدين والتعليلان جاريان في الثاني قطعا والاول في الاول ويبقى ما اذا دفعوا من مالهم للمفلس على سبيل الهبة أو لا على سبيلها مع ظهور فائدة لهم وبدونها ومقتضى التعليلين وجوب القبول في الاول حيث يشترطون عليه في عقد الهبة ايفاء صاحب العين بناء على المختار من جواز الشراء بشرط الاعتاق وتعينه اذ لا اعتراض

ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع ويستوفيه القاضي الثاني الحلول فلا رجوع لو كان مؤجلا (متن)

حينئذ للغريم الظاهر ولا منة و بذلك صرح في التحرير حيث قالوا قال فلو دفعوا الى المفلس ثمنا فبذله للبائع لم يكن له الفسخ بل هذا يشمل الصورة الثانية وهو ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة ولعل اطلاق الخبر عنده لايتناوله فيجب الرجوع الى الاصل والجري على القواعد وان قلنا ان شرط الايماء غير صحيح دخل في ملك المفلس وتعلق به الحجر على القول بتعلقه بالمتجدد فيعود المحذور وهو تجويز مشاركة الغريم ومنه يعلم حال ما اذا كان الدفع لاعلى سبيل الهبة فصار الحاصل أن الفرض الاول وهو ما كان على سبيل الهبة اما غير داخل تحت اطلاق النص و يكفي فيه الشك مع المحافظة على القواعد الشرعية أو غير خارج عن المحذور وهو مشاركة الغريم الظاهر (وأما الفرض الثاني) فالمحذور موجود فيه و يبقى الكلام فيما اذا دفعوا اليه أي صاحب العين الثمن من مالهم ليترك العين حيث يكون فيها مايقتضي الرغبة وصاحبها عالم بذلك وهنا لامنة ولا خوف ظهور غريم وقضية كلام المصنف أن لا خيار له حينئذ (قلت) هو كذلك عنده لندرة وقوعه جدا وذلك لانه من البعيدات العرماء يدفعون قيمة ثمن عينه مجانا لمكان ظهور زيادة فيها تساوي ذلك أو تزيد عليه على انه قد نبه عليه في التذكرة قال اذا كان في السلعة زيادة لغلاء السعر أو كثرة الراغبين اليها بحيث يرجى صعود سعرها يجب على صاحبها أخذ دينه الذي بذله الغرماء ولعله استند الى الاصل وعدم الخروج عن القوانين الا في محل الوفاق واليقين وهو ما اذا كانت قيمة العين الآن مساوية لدينه أو أنقص محافظة على الضوابط الشرعية ولا نعلم شمول الخبرين لذلك فقوله في جامع المقاصد ان العدول عن النص بمثل هذه الاوهام لايجوز لعله لايجوز فتأمل فكان المتبادر من عبارة الكتاب سالما عن اعتراض الشهيد والمحقق الثاني قال في (جامع المقاصد) تبعا للشهيد مع تهذيب لكلامه و زيادة وحسن تأدية لافرق في ذلك بين أن يكون دفع الغرماء لدين صاحب العين من مالهم أو من مال المفلس سواء دفعوا الى المفلس ليوفي عن نفسه صاحب العين أو دفعوا الى صاحب العين وسواء كان في العين مايقتضي رغبتهم في دفع القيمة أولا لان الخيار قد ثبت بالنص فلا يسقط بما ذكر وتعليل المصنف بالامرين أعني المنة وتجويز غريم آخر لايأتي على جميع الصور الى آخر ماقال وقد عرفت الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امتنع المشتري المؤسر من الدفع فلا رجوع و يستوفيه القاضي ﴾ وكذا لو هرب و زاد في التذكرة أو مات وهو ملي وامتنع الوارث من دفع الثمن فان البائع لا يتسلط على الفسخ للاصل فلا يعدل عنه الا بالنص ولا مخالف منا الا الشيخ حيث جوز للبائع الفسخ في كل موضع يتعذر فيه قبض الثمن سواء قبض المبيع المشتري أولا وفي (الدروس) انه لايخلوا عن قوة وقد يرد على ماراده في التذكرة انه يجوز رجوع غريم الميت بعينه مع الوفاء كما سيجيء وقد يرد هذا على اطلاق الكتاب كما قد يرد عليه أيضا جواز رجوعه في خيار التأخير مع عدم القبض أو القبض بغير اذن البائع والتأويل ممكن وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى عند الكلام في خيار التأخير وهذا تفريع على تعذر الاستيفاء بالافلاس لان التعذر هنا ليس من جهة الافلاس فذكره غير مستدرك وفيه أيضا التنبيه على خلاف الشافعي أيضا فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني الحلول ﴾ هذا هو الامر الثاني من شرط العوض أي الثمن ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلا رجوع لو كان مؤجلا ﴾ كأنه مما لاخلاف فيه لانه لامطالبة له في الحال فكيف يفسخ البيع اللازم بغير موجب ولا

ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضه فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال فليس للزجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للعافي فسخ العفو بتعذر الاعواض ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه اويضرب بقيمة السلم مع تلفه او برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم (متن)

يحل الاجل بالفلس وقد تعلق بالعين حق الغرماء ولا دليل على سقوطه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حل الاجل قبل فك الحجر ففي الرجوع اشكال ﴾ من عموم الخبر وتعلق حق الغرماء قبله كما في الايضاح من دون ترجيح وزاد في جامع المقاصد أن عموم النصوص دال على تعلق حقوق الغرماء بأعيان أمواله وهو يقتضي عدم اختصاص البائع بعد الحلول لامتناع الاختصاص مع تعلق حقوق الغرماء (قلت) ليس في أخبار الباب وهي أربعة الا أنه يقسم ماله بين غرمائه وان كان له مال أعطي الغرماء وهذا الاطلاق قد يقال انه لايتناول ذلك فتأمل وقد يوجه الاشكال أيضا من استحقاق المطالبة الآن وانه يشارك قبل القسمة ومن عدمه سابقا فكذا لاحقا وقد قرب في التذكرة انه لو حل الاجل قبل انفكاك الحجر انه لايشارك صاحبه الغرماء و بنى عليه انه ليس لصاحب الدين الذي قد حل الرجوع في عين ماله سواء كان الحاكم قد دفعها في بعض الديون أم لا وقال في (التحرير) ان كان قسم المال و بيعت العين فلا رجوع وان لم تبع كان له الرجوع وهو جيد جدا بناء على المختار من أنه يشارك قبل القسمة وفي (جامع المقاصد) أن الاصح عدم الرجوع من دون تفصيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وأما المعاوضة فلها شرطان كونها معاوضة محضه فلا يثبت الفسخ في النكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال فليس للزوجة فسخ النكاح ولا للزوج فسخ الخلع ولا للعافي فسخ العفو بتعذر الاعواض ﴾ هذا الشرط اجماعي كما في (جامع المقاصد) وكأن كل ذلك مجمع عليه عند الاصحاب كما يفهم من التذكرة كما في مجمع البرهان وهو أيضا مقتضى الاصل والقواعد الشرعية وحاصله انه انما يثبت الفسخ اذا كان سبب الانتقال معاوضة محضه مثل البيع والاجارة والهبة المعوضة والصلح وغيرها لاغيرها مما فيه شائبة المعاوضة كالنكاح والخلع والعفو عن القصاص على مال بمعنى أن المرأة لاتفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق بالفلس وليس للزوج فسخ النكاح اذا لم تسلم المرأة نفسها وهكذا نعم لو طلقها قبل الدخول فسقط نصفه وبقي نصفه وعين الصداق موجودة وقد أفلست فهو أحق بعين ماله وقد قال جماعة انه اذا أعسر زوج المرأة بنفقتها كان له (١) وآخرون انها ترفع أمرها الى الحاكم ليجبره على طلاقها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويثبت في الاجارة والسلم فيرجع الى رأس المال مع بقائه أو يضرب بقيمة المسلم فيه مع تلفه أو برأس المال على اشكال لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم ﴾ لما ذكر ثبوت الاختصاص في الاجارة والسلم بدأ أولا بذكر بيان حكم السلم وقد تسالم الاصحاب على ان رأس المال اذا كان باقيا كان له الرجوع اليه والضرب كما تقدم واختلفوا فيما اذا كان رأس المال تالفا مطلقين الكلمة من دون

(١) كذا وجد والظاهر لها (مصححه)

فرق بين ما اذا كان التلف قبل الحجر أو بعده و يأتي بيان الحال فيه وأول من تعرض لهذا الفرع من أصحابنا الشيخ في المبسوط وقد فرض المسئلة فيه فيما اذا كان مال المفلس مشتملا على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه قال وان لم يجد غير ماله فانه يضرب مع الغرماء بقدر ماله عليه من الحنطة وقيل أيضا انه ان أراد فسخ العقد والضرب مع الغرماء برأس المال كان له ذلك والاول أصح وكيفية الضرب بالطعام أن يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم فاذا ذكرت قيمته ضرب بها مع الغرماء بما يخصه منها فيه فان كان في مال المفلس طعام أعطي منه بقدر ماخصه من الثمن وان لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر الذي خصه من القيمة طعاما مثل الطعام الذي يستحقه و يسلم اليه ولا يجوز أن يأخذ بدل الطعام بالقيمة التي تخصه لانه لايجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه انتهى فقد اشتمل كلامه على أن المال مشتمل على جنس المسلم فيه وانه يضرب بقيمة المسلم فيه وانه لايجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه وقد وافقه على الاول المصنف في صريح التحرير والتذكرة وكذا المختلف في آخر كلامه لافي أوله وهو ظاهر جامع المقاصد بل كاد يكون صريحه عند التأمل الصادق وخالفه المصنف في المختلف في أول كلامه والشهيدان في الحواشي والمسالك والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان ففرضوا المسئلة فيما اذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه كما صرح بذلك في المسالك ورتبوا على ذلك انه مع تلف عين ماله يتخير بين الضرب بقيمة المسلم فيه ورأس المال لانه متى تعذر المسلم فيه في وقته ولو بغير الانقطاع تخير المسلم بين الفسخ والصبر فيكون هناك (هنا خ ل) كذلك الا أنه هنا مع الفسخ يضرب بالثمن ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه اذ لاصبر هنا لاحد من الغرماء فان كان المصنف في الكتاب يوافقهم على هذا الفرض كما هو الظاهر من قوله لتعذر الوصول الى حقه فيتمكن من فسخ السلم أي ولا ينحصر أمره في الضرب بالقيمة فيكون هذا أحد وجهي الاشكال و يكون الوجه الثاني أن المسلم فيه قد تعذر فيضرب بقيمته كما هو الشأن في غيره وانه عقد لازم والفسخ انما يكون عند انقطاع جنس المسلم فيه لا عند تعذره بغير الجائحة اذ يمكن حصوله باستقراض ونحوه لا يتوجه على العبارة شيء مما ذكره في جامع المقاصد قال فيها نظر لأن تعذر الوصول الى حقه صغرى قياس حذفت كبراه وتقديرها وكل من تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له ومعلوم عدم صحتها كلية (قلت) صغراه على ما قلناه هذه صورتها هذا مسلم تعذر وصول حقه وكل مسلم تعذر وصوله الى حقه فسخ المعاوضة المتضمنة له وهي صادقة في باب السلم مجمع عليها في صورة الانقطاع بالجائحة وكذا بغيرها على الظاهر من أخبار ذلك الباب حتى لو كانت هذه الاخيرة محل خلاف وما كان ليكون فليس نظره في جامع المقاصد اليها وقال أيضا انه لم يقيد التلف بكونه قبل الحجر أو بعده ويجب التفريق بينهما فانه اذا تلف الثمن قبل الحجر لم يبق للمسلم الا المسلم فيه فبعد الحجر يستحق الضرب ليس الا وأما اذا كان التلف بعد الحجر فان الفسخ قد ثبت حال الحجر بوجدان عين ماله فلا يسقط بتلفها استصحابا لما كان انتهى (قلت) على ما عرفت من أن المسلم فيه متى تعذر وصوله الى حقه فسخ لم يبق فرق بين التلف قبل الحجر أو بعده كما هو واضح وان قلنا ان العبارة موافقة للمبسوط وما وافقه من اشتمال مال المفلس على جنس المسلم فيه بحيث يمكن وفاؤه منه يكون الوجه في الضرب بالقيمة وعدم الفسخ ان تلف رأس المال لايفسخ السلم مع وجود المسلم فيه فيضرب بدينه كما في كل غريم ودينه هو المسلم فيه فيضرب به فيكون حينئذ هو أحد وجهي اشكال

ولو افلس مستأجر الدابة أو الارض قبل المدة فللمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان (متن)

المصنف ووجه الفسخ والضرب برأس المال انه تعذر عليه الوصول الى تمام حقه لمكان مشاركة الغرماء فليمكن من فسخه كله كما لو انقطع أو فسخ البعض الذي لم يصل اليه فيكون معنى قول المصنف لتعذر الوصول الى حقه عدم وصوله الى حقه تاما وهو الوجه الثاني من الاشكال كما نبه على ذلك كلامه في التذكرة وحينئذ فالقائل بأنه يضرب بالقيمة في هذا الفرض لايفرق بين كون تلف الثمن قبل القبض ام بعده وكذا القائل بالفسخ لانه ينزل عدم الوصول الى تمام حقه بمنزلة الانقطاع فيتسلط عنده على الفسخ مطلقا ولهذا أطلقوا اولم يفرقوا كما هو واضح ومعنى الضرب بالقيمة في عبارة الكتاب وغيرها الضرب باعتبارها لانه انما يعلم مقدار المستحق للمسلم من مال المفلس باعتبار قيمة المسلم فيه فكأنه ضرب بها كما نبه على ذلك الشيخ في المبسوط في بيان الكيفية كما سمعته آنفا وقد جعل الاشكال في الايضاح في ضربه في القيمة مع التالف نظرا الى أن بعض الفقهاء يمنع من المعاوضة على مال السلم قبل قبضه وفيه ان المانع الشيخ وقد عرفت كيف ذكر الكيفية ثم ان المصنف لايرى المنع من هذه المعاوضة فكيف يستشكل صحتها (وكيف كان) فالقائل بالضرب بالقيمة الشيخ في المبسوط كما سمعت وقد قربه في التذكرة في أول كلامه والقائل بالتخيير بين الضرب بالقيمة والضرب برأس المال على اختلافهم في تصوير المسئلة وفرضها المحقق في الشرائع والمصنف في المختلف وصاحب المسالك والمقدس الاردبيلي ونفى عنه البعد في التذكرة في آخر كلامه وفي (المسالك) نسبته الى الاكثر وحكى الشهيد عن ابن المتوج انه ان حل الأجل قبل قسمة ماله اختص بالعين وان حل بعده لم يكن له الا الضرب بالمسلم فيه أو الفسخ وهو كما ترى وحقق هو أي الشهيد انه يضرب بقيمة المسلم فيه فان تعذر أي المسلم فيه جاز له الفسخ انتهى فتأمل (وليعلم) ان عبارة الارشاد مطلقة جداً قال ويتخير المشتري سلما في الضرب بالقيمة أو الثمن انتهى فليتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أفلس مستأجر الدابة أو الارض قبل المدة فللمؤجر فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط بعبارة مطلقة قال واذا أفلس المكتري بالكرا نظر فان أفلس قبل مضي شيء من المدة رجع المكري في المنافع وفسخ الاجارة لانه قد وجد عين ماله لم يتلف منه شيء وأشد منها في الاطلاق عبارة الشرائع قال ولو أفلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الاجارة وبذلك عبر في اجارة المبسوط والخلاف والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والكتاب ولعل الاطلاق لوضوح المراد والا فلا ريب ان فسخ الاجارة من أصلها انما يكون اذا كان الحجر قبل مضي شيء من المدة كما نبه عليه في المبسوط والمصنف هنا وفي التذكرة والمحقق الثاني ويأتي الكلام فيما اذا مضى شيء من المدة ولا ريب أيضا ان ذلك اذا لم يكن قد دفع المستأجر الاجرة كما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وترك في المبسوط والكتاب لشدة وضوحه ووجهه انه يدخل في عموم الخبر لانه وجد عين ماله وان المنافع تنزل منزلة الاعيان في جملة من المواضع مضافا الى اتحاد الطريق وهو الاشتراك في الضرر والاجارة كالبيع معاوضة محضة لايقصد بها الا العوضان ولا يفرق في هذا أي حيث يريد الفسخ بين أن تكون الاجارة على عين أو ذمة وقد يقال ان الرجوع والفسخ على خلاف الاصل والمنافع ليس لها وجود مستقر فيتشك في دخولها تحت

ولو الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أو الارض ويدفع الى الغرماء ولو بذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء ولو حجر عليه وهو في باديه ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمن باجرة المثل مقدمة على الغرماء (متن).

العموم اذ في الخبر فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال عليه السلام لايحاصه الغرماء فتأمل لانه قد يقال انه يتناوله اطلاقه لكنه هو والخبر الوارد في الميت عدهم من سنخ واحد على الظاهر وفيه رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يقبض الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحب المتاع وقد يناقش في اتحاد الطريق وتنقيح المناط لكنا لم نجد مخالفا ولا متأملامنا في الباب ولا باب الاجارة ﴿قوله﴾ ﴿ وله الضرب فيؤجر الحاكم الدابة أوالارض ويدفع الى الغرماء ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقد ترك ذكره في المبسوط والشرائع ولعله لوضوحه وحاصل العبارة ان المؤجر ان اختار امضاء الاجارة ضرب مع الغرماء بالاجرة وأجر الحاكم العين على المفلس كما يؤاجرأعيان أمواله التي لا يمكن بيعها وصرف الاجرة الى الغرماء اذا كانت الاجارة على عين أو في الذمة وحصل التعيين ولو لم يكن قد عين ولم يفسخ طالبه الحاكم بالتعيين ثم يؤجر العين حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بذلوا له الاجرة لم يجب عليه الامضاء ﴾ للاصل وانه قد ثبت له الخيار فلا يزول بذلك وللمنة وخوف ظهور غريم على نحو مامر فتدبر وهذا كله اذا لم يمض من المدة شيء فلو مضى شيء منها له قسط من الاجرة فان فسخ المؤجرضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة كما لو باع عدين فتلف أحدهما ففسخ في الآخر وان اختار الامضاء ضرب بجميع الاجرة كما نبه على ذلك في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو حجر عليه وهو في بادية ففسخ المؤجر نقلت العين الى مأمن باجرة المثل مقدمة على الغرماء ﴾ المراد بالعين المتاع المحمول على الدابة المستاجرة وقدصرح بذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان قالوا لو أفلس مستاجر الدابة وحجر عليه في خلال الطريق ففسخ المؤجر لم يكن له طرح متاعه في البادية المهلكة ولا في موضع غير محرز بل يجب عليه نقله الى مأمن باجرة المثل لذلك النقل من ذلك المكان ويقدم به على الغرماء لانه لصيانة المال وحفظه وايصاله الى الغرماء فأشبه أجرة الكيال والحمال وأجرة المكان المحفوظ فيه وفي (الارشاد) لو كانت الدابة في بادية نقلت الى مأمن باجرة المثل مقدمة على الغرماء وظاهره ان الدابة من عين مال المفلس يخاف هلاكها نقلت الى المأمن بالاجرة وقد يكون أراد انه لو كانت العين المستاجرة دابة عليها حمل أو متاع وفسخ صاحبها الاجارة في بادية نقلت مع حملها الى المأمن بالاجرة كما عرفت فيوافق القوم وكيف كان لايسلم ماله الا الى الحاكم ومع التعذر يحفظه حتى يوصله اليه ويمكن تسليمه الى العدل ليوصله اليه ولعل الاولى أن يحفظه ويعلمه به لئلا يحصل التصرف والنقل من غير اذن بل في (مجمع البرهان) احتمال عدم جواز ذلك في كل مال له صاحب وقد كان بيد المستعير أوالودعي فاخذه ليوصله الى صاحبه أو بعث به اليه الا أن يكون مأذونا بوجه فليتأمل ومثل ذلك مالو كانت الاجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فانه ينقل الى المأمن بأجرة مقدمة دفعا للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الاجارة العين أو الذمة

ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء ولو افلس الموجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن (متن)

لتحقق التعيين و يبقى الكلام في المأمن فان كان في صوب المقصد وجب المضي اليه وهل للمؤجر تعجيل الفسخ أو يجب عليه الصبر الى المأمن الاقرب الاول وتظهر الفائدة فيما لو كان الاجر في نقله مخالفا لما يقع له بعد التقسيط من المسمى لانه حينئذ ان فسخ كان له أجرة المثل سواء زادت عن القسط من المسمى او نقصت او ساوت وان لم يفسخ كان القسط من المسمى ولو كان النقل الى المأمن هو منتهى مسافة الاجارة وجب النقل اليه ويجيء الاحتمالان وهما هل له الفسخ أولا ولو كان النقل الى المأمن لايحصل الا باجرة مساوية للمقصد أو أكثر فالاولى وجوب النقل وعدم تخييره وهو يقدم بالقسط للنقل أم لا اشكال ولو كان المأمن في صوب المقصد وصوب مبدأ المسافة على حد واحد أو تعددت مواضع الأمن وتساوت قربا و بعدا فالمدار على المصلحة فان تساوت كان له سلوك أيها شاء لكن الاولى سلوك مايلي المقصد لانه مستحق عليه في أصل العقد وان اختلفت الاجرة سلك أقلها أجرة وان اختلفت مصلحة المفلس والغرماء فالاولى تقديم مصلحة المفلس كما نبه على ذلك كله في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قد زرع الارض ترك زرعه بعد الفسخ باجرة مقدمة على الغرماء اذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حق الغرماء ﴾ هذا ذكره الشيخ في المبسوط والمصنف في التحرير والارشاد والتذكرة (وحاصل الكلام) في المقام انه لو فسخ المؤجر للارض لافلاس المستاجر فان كانت فارغة أخذها فان كان قد مضى من المدة شيء كان كما تقدم وان كانت الارض مشغولة بالزرع فان كان قد استحصد طالب بحصاده وتفريغ أرضه وان لم يستحصد فان كان له قيمة اذا قطع واتفق المفلس والغرماء على قطعه كان لهم وان اتفقوا على التبقية و بذلوا لصاحب الارض اجرة فلهم ذلك بشرط ان يقدموا المؤجر باجرة المثل وفي (التحرير والارشاد) أنه يجب عليه الصبر والابقاء وفي الاخير انه ليس له الازالة بالارش والظاهر ان له ذلك وان ارادوا التبقية بغير عوض لم يكن لهم ذلك ولو اختلفوا اجيب من طلب القطع واحتمل اجابة من طلب الانفع وكذلك في كل ما كان من هذا القبيل كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو افلس المؤجر بعد تعيين الدابة فلا فسخ بل يقدم المستأجر بالمنفعة كما يقدم المرتهن ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان لان ذلك هو مقتضى الاصل والقواعد لانه عقد لازم عقده قبل الحجر والمنافع المستحقة للمستأجر متعلقة بعين ذلك المال فيقدم بها كما يقدم المرتهن ولا فرق في التعيين بين ان يكون في اصل العقد أو بعد وروده على الذمة ثم الغرماء لهم الخيار بين الصبر حتى تنقضي مدة الاجارة ثم يبيعونها و بين البيع في الحال لانه يجوز عندنا بيع الاعيان المستأجرة ولا مبالاة بما ينقص من الثمن بسبب الاجارة اذ لا يجب على الغرماء الصبر الى أن يزيد مال المفلس وفي (جامع المقاصد) انها تباع ان حصل راغب والاآخر بيعها الى انقضاء الاجارة ولو اختلف الغرماء في الصبر والبيع اجيب من يطلب البيع وحيث يختارون الصبر هل يبقى الحجر مستمرا الى انقضاء الاجارة وجهان ولعل الاقوى العدم ﴿ قوله ﴾

ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقيـة او الضرب بقيمة المنفعة الثاني سبق المعاوضة على الحجر والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليـه بعـد الحجر ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده الى عقد سابق على الحجر والمنع لانه دين حدث بعد القسمه ﴿المقصد الرابع في الضمان﴾ (متن)

﴿ ولو كانت الاجارة على الذمة فله الرجوع الى الاجرة ان كانت باقية او الضرب بقيمة المنفعة ﴾ كما في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان اما الاول فلأنه غريم ظفر بعين ماله فله الرجوع فيه والضرب مع الغرماء واما الثاني وهو انه يضرب بقيمة المنفعة حيث تكون الاجرة تالفة فلان المفروض عدم التعيين فيكون كسائر الغرماء لا يقدم عليهم في الاستيفاء وليس له الفسخ والضرب بالاجرة لانه ليس كالسلم ﴿قوله﴾ ﴿ الثاني سبق المعاوضة على الحجر ﴾ هـذا هو الشرط الثاني من شروط المعاوضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب عدم تعلقه بعين ماله لو باعه عليه بعد الحجر ﴾ قد سبقت له هذه المسئلة في بحث منع التصرف في موضعين احدهما حيث قال وليس للبائع الفسخ وان كان جاهلا والثاني حيث قال ويحتمل في الجاهل الضرب والاختصاص والصبر وهنا قرب عدم الاختصاص وعدم تعلقه بها وقد استوفينا الـكلام في الموضع الاول واحتمل التمهيد ان يكون تقريب عدم رجوعه لعلمه وفيه ان عدم رجوع العالم محكي عليه الاجماع منفي عنه الاشكال من جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسخ المستأجر بالانهدام بعد القسمة احتمل مزاحمة الغرماء بالباقي لاستناده الى عقد سابق على الحجر والمنع لانه دين حدث بعد القسمة ﴾ الاحتمال الاول جزم به في التحرير وقربه في التذكرة لانه دين استند الى عقد سابق على الحجر وهو الاجارة فصار كما لو انهدم قبل القسمة وضعف الثاني في التذكرة بان السبب متقدم فيكون مسببه كالمتقدم ورده في (جامع المقاصد) بعنوان الاحتمال بان وجود السبب وان كان كوجود المسبب لا يستلزم ما ذكره لانه لا يجري مجراه من جميع الوجوه قطعاً ومن بعضها لا يفيد وخصوص هذا الوجه لا دليل عليه قال والمنع قريب انتهى فتأمل

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم وعليه أتوكل وبه استعين ﴾

الحمد لله كما هو اهله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين ورضي الله تعالى عن مشايخنا وعلمائنا اجمعين وعن رواتنا المحسنين وادرجنا ادراجهم وسلك بنا سبيلهم انهم بالأمس آمين ﴿ وبعد ﴾ فهذا ما برز من اجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة زاد الله سبحانه اكرامه تصنيف العبد الاقل الاذل محمد الجواد الحسيني الحسيني العاملي عامله الله تعالى بلطفه الخفي والجلي ﴿قوله﴾ ﴿ المقصد الرابع في الضمان ﴾ هو عندنا كما قاله المصنف في التذكرة والتمهيد وغيرهم مشتق من الضمن لانه يجعل ما كان في ذمته من المال في ضمن ذمة اخرى او لان ذمة الضامن تتضمن الحق فالنون فيه اصلية بناء على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيـه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة والترجيح معنا من وجوه (منها) وجود النون في جميع تصاريفه من ماض ومضارع وامر وتثنية وجمع ودعوى اشتقاق ما فيه النون في جميع تصاريفه مما هو خال عنه كذلك

غير معقول (ومنها) ان ضمان النفس يمكن توجيهه على مذهبنا ويحتاج على مذهبهم الى تكلف شديد جدا واما ضمان المتلفات من نفس ومال فانه يناسب المختار وان خرج عما نحن فيه (ومنها) قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فقد قال الشهيد ان ظاهره اختصاصه بالغرم اذ هو خبر في معنى الانشاء وظاهره ان ذلك لمكان الوصف وهو حجة وهل هـذا النزاع نشأ من اختلافهم في الحكم ام للعكس وجهان وتظهر الفائدة في مسائل (منها) انه لو ابرأ الضامن برئا معا عندنا ولا يبرأ المضمون عنه عندهم وينعكس الحكم مع انعكاس الفرض نعم لو ابرأ المضمون عنه يبرأ عندهم ولا يبرأ عندنا لانه أبراء لمن ليس له عليه شيء الى غير ذلك مما ذكره ابو العباس مما يأتي في تضاعيف الباب وكيف كان فالضمان مشترك لفظي بين معنيين اعم واخص فالاعم هو التعهد على وجه خاص بنفس أو مال لمن كان له في ذمته شيء ام لم يكن فان كان نفسا فهو الكفالة وان كان مالا فان كان في ذمته شيء فهو الحوالة والا فالضمان بالمعنى الاخص الا ان الضمان اذا اطلق بغير قيـد يتبادر منه المعنى الاخص لكثرة تداوله مع كونه فردا من العام واذا اريد منه القسمان الآخران بخصوصهما احتيج الى التقييد مثل ان يقال ضمان نفس أو ضمان لمن في ذمته شيء وهـذا هو مراد الاصحاب مما طفحت به عباراتهم من قولهم أن الضمان الخاص هو المسمى بالضمان بقول مطلق وليس مرادهم أن الضمان مفهوم كلي تحته افراد ثلثة مقسم اليها انقسام الكلي الى جزئياته لكن هذا الفرد الخاص لا يحتاج الى قيد وقرينه بخلاف الفردين الآخرين ليرد عليه ان ذلك يقتضي كون اطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة لان من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجتمع كونهما من افراد الكلي بطريق الحقيقة وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد كما صرح به في المسالك ونبه عليه في جامع المقاصد (ويجاب) كما في المسالك بان المقسم اليهما بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان لا الضمان المطلق وهـذا أي مطلق الضمان لا ينافي كونهما مجازين بالنظر الى الضمان المطلق وحقيقتين بالنسبة اليه أي مطلق الضمان (والحاصل) انه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث يأتي في الماء فانهم قسموا مطلق الماء الى الماء المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز الا انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشاء الاختلاف باختلاف الوجهين ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة (وانت خبير) بان الايراد والجواب في غير محلهما كما ستسمع على انا لو قلنا ان الضمان اسم لمفهوم كلي وتحته افراد ثلثة لكن هذا الفرد هو المتبادر منها فمعناه انه مطلق صار حقيقة عرفيه في بعض افراده وهذا معنى قولهم الاطلاق ينصرف الى الفرد الشايع فتصير بقية الافراد كالمجازات تحتاج الى قرينة (ثم يرد) على الايراد انا لا نسلم ان اطلاق الكلي على كل فرد منه حقيقة بل هو مجاز قطعا لكنه قد استعمل في غير ما وضع له ومعنى قولهم انه يصح استعماله في الفرد من حيث كونه فردا حقيقة انه يصح تعليق الحكم بالكلي من حيث تعلقه بفرد منه بان لا يكون من مقصود المتكلم وارادته في الواقع الا ذلك الفرد مع استعمال اللفظ في الكلي وتعليقه أي المتكلم الحكم به الا انه اراده من اللفظ واستعمله فيه كما حققه المحقق التفتازاني في باب البيان وله تحقيق آخر وهو أن الكلي اذا استعمل في فرد باعتبار حصول الماهية فيه مع قطع النظر عن الخصوصيات والمتشخصات وبالجملة أريدت الماهية المتحققه في ضمن فردفانه يكون حقيقة أيضاً وهذا انكره جماعة واتفقوا على ان استعماله في فرده باعتبار

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا (متن)

شخصه وخصوصه يكون مجازا (ويرد) على الجواب انا لا نسلم أن المنقسم في كلامهم مطلق الضمان بل الضمان المطلق لأنهم يقولون الضمان كذا وكذا ولاشك انه مطلق ولا يشترط في المقسم عندهم أن يكون صادقا على جميع الافراد حقيقة كما هو الشان في تقسيم الطهارة والماء المطلق والوضوء ونحو ذلك كما صرح به جماعة وانت اذا احطت خبرا بما حررناه في المقام ظهر لك عدم صحة تفسير المحقق الثاني لعبارة الكتاب فيما يأتي واندفاع اعتراضه على الشهيد وعدم توجه اعتراض الشهيد الثاني على المحقق قال في (جامع المقاصد) في شرح قوله ويسمى ضمانا بقول مطلق ما نصه أي غير محتاج الى تقييده بكونه ضمان المال ممن ليس عليه مثله فيكون الضمان واقعا على معنيين وهذا بخلاف الكفالة فانها لا تطلق على ضمان المال الا بقيد فيقال كفالة بالمال وفي (حواشي الشهيد) ان الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الا مضافا فيقال في الكفالة ضمان النفس وفي الحوالة ضمان المال ممن عليه مثله فيكون قوله بقوله مطلق مشيرا الى ذلك وفيه نظر فانه على هذا لا يكون صدق الضمان عليهما بطريق الحقيقة وتعريف المصنف يقتضي الحقيقة ومع ذلك فالحوالة لا تختص بمن عليه مثله كما سيأتي في كلام المصنف انشاء الله تعالى والصواب ماذكرنا وهو الذي ذكره في التذكرة انتهى والموجود في التذكرة أن الضمان قد شرع للتعهد بمال أو نفس وسمى الاول ضمانا بقول مطلق ويخص الثاني باسم الكفالة وقد تطلق الكفالة على ضمان المال لكن بقيد فيقال كفالة بالمال وليس بتلك المكانة من الدلالة على ماأراد وأما المحقق فانه اختار التقسيم على المشهور حيث قال والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال وقد لايكون فهنا ثلاثة أقسام ثم بين ماعنده في المسئلة من جريان الحوالة في بعض أقسام الضمان فلا يرد اعتراض الشهيد الثاني من أن الحوالة لا يعتبر فيها تشغل ذمة المحال عليه للمحيل فيدخل هذا القسم في الضمان الاخص ولا يحتاج الى جوابه بأن التقسيم جار على محل الوفاق أو باعتبار القسم الآخر وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل فيكون هو أحد الاقسام الثلاثة خاصة وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا وحوالة يسهل معه الخطب انتهى ثم يرد عليه أيضا أن الظاهر من القسمة التغاير وحصر اسم كل قسم فيما ذكر له ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال ممن عليه أولا ﴾ هذا تعريف له بالمعنى الاعم الشامل للاخص والحوالة والكفالة وفي (جامع المقاصد والمسالك) انه يجيء في قوله عقد ماسبق في البيع على القول بأنه العقد من أن الضمان هو نفس التعهد لا العقد الدال على التعهد وانه هو التحقيق وان اطلاقه على العقد بطريق المجاز اقامة للسبب مقام المسبب (قلت) هذا شئ أطال في بيانه المحقق الثاني في باب البيع وقال انه النقل لا العقد ووافقه على ذلك الاستاذ الشريف قدس سره وقد بينا في باب البيع انه ليس بشئ وان الفقهاء انما يعرفون مااصطلحوا عليه حيث يقولون كتاب البيع وأقسام البيع وأحكام البيع ونحو ذلك فانهم أنما يريدون بذلك المعاملة القائمة بالبائع والمشتري معا وهو المعنى الحاصل بالعقد وكذلك الحال في الضمان والاجارة والرهن والوكالة والقرض وغيرها وليس المراد بالبيع في كلامهم فعل البائع فقط أي النقل ولا بالضمان فعل الضامن فقط ولا بالاجارة فعل المؤجر فقط وهكذا ويرشد الى ذلك انا ماوجدنا أحدا حدد البيع صريحا بالنقل كما بيناه في محله وان هي الا غفلة والا فالامر أوضح من أن يشتبه وقال في (جامع المقاصد) ويرد على هذا هنا وفي البيع أن البيع

فهنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء ويسمى ضمانا بقول مطلق وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي ضمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه ولو قال أؤدي أو أحضر لم يكن ضامنا ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضا لامكان العبث (متن)

والضمان وغيرهما قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا ونقل الملك لايكون الا صحيحا وكذا التعهد (ويجاب) بأن النقل لايلزم أن يترتب عليه الانتقال وكذا التعهد قد لايترتب عليه أثره (قلت) لم يتضح وجه هذا الايراد لانه ان كان المراد بيان أن المعاملات أسماء للاعم من الصحيح والفاسد فلا ايراد لان المعلوم أن شرعية العقد المذكور للتعهد أعم من كون أثره يحصل معه وعدمه فيشمل الصحيح والفاسد وان كان المراد أن تعريف البيع والضمان ليس جامعا للشرائط فقد عرفت فيما حررناه في تعريف الرهن أن غرضهم من التعاريف تمييز العقود بعضها عن بعض و بعضها قد لايتميز عن الآخر الا بذكر بعض الشرائط لان بعضها يتميز بذكر شرط وآخر بذكر شرطين وآخر لا يحتاج الى ذكر شيء من الشرائط وليس الغرض بيان البيع الصحيح والضمان كذلك بل الغرض ان هذا العقد من شأنه أن يدل على نقل الملك وذلك على نقل المنفعة والصحة وهكذا (١) والفساد أمر آخر وراء ذلك والامر هين والتأويل ممكن لكن لايخلو عن تجشم أو يكون من باب بيان الواضحات فليتأمل جيدا والضمان جائز وثابت بالكتاب والسنة والاجماع كما في المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها ﴿قوله﴾ ﴿فهنا فصول ثلاثة الاول الضمان بالمال ممن ليس عليه شيء و يسمى ضمانا بقول مطلق﴾ هذا تقدم الكلام فيه آنفا ﴿قوله﴾ ﴿وفيه مطلبان الاول في أركانه وهي خمسة الصيغة وهي ضمنت وتحملت وتكفلت وما أدى معناه﴾ من الالفاظ الدالة عليه صريحا كتقلدته والتزمته وأنا بهذا المال ظهير أو كفيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل كما في المبسوط وغيره وكذا لو قال دين فلان عليّ كما في التذكرة لان عليّ ضمان لاقتضاء عليّ الالتزام (قلت) ومثله في ذمتي اما ضمانه عليّ فكاف بانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال وقيل انه لو قال مالك عليّ أو دينه عليّ أو ماعليه عليّ فليس بصريح لجواز ارادته انه قادر على تخليصه أو أن عليه السعي أو المساعدة ونحوه وكذا لو قال مالك عندي فانه ليس بصريح لأنه يجوز انه للغريم تحت يده مال ولا تضر ندرة بعضها كالحميل والقبيل بعد ثبوته في اللغة وقبيل بمعنى كفيل من قبل كلم ادا كمل ﴿قوله﴾ ﴿ولو قال أؤدي أو أحضر لم يكن ضامنا﴾ لانه وعد وليس بالتزام كما في التذكرة مضافا الى الاصل والمولى الاردبيلي على انه يكفي مايدل على انه يعطي ويشترط فيه قبول المضمون له كما سيبينه المصنف عليه لانه عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلابد فيه من القبول ومن رعاية مايشترط في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول وضابطه مالا يخرج به القبول عن كونه قبولا لذلك الايجاب عرفا والمولى الاردبيلي على انه لايشترط القبول بل يكفي مايفيد العلم برضاه وتمام الكلام يأتي في محله بلطف الله تعالى ﴿قوله﴾ ﴿ولا تكفي الكتابة مع القدرة وتكفي مع عدمها مع الاشارة الدالة على الرضا لامكان العبث﴾ كما صرح

(١) كذا في النسخ ولعل الصواب وهكذا والصحة والفساد الى آخره (مصححه)

وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر او شرط الخيار في الضمان فسد والابراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ولو شرط تأجيل الحال صح (متن)

بذلك كله في التذكرة و به طفحت عباراتهم في باب البيع ووجه عدم كفاية الكتابة مع القدرة على النطق انه أي النطق معتبر في العقود اللازمة بالاجماع ولا فرق بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولا بين الضامن والمضمون له بناء على اعتبار قبوله لفظا ووجه كفايتها مع عدم القدرة مع الاشارة الدالة على الرضا انه حينئذ أخرس أو كالاخرس ولا ريب في صحة عقوده والتوكيل لابد أن يكون بذلك أيضا أو بالاشارة وحدها اذا أفهمت والظاهر الاكتفاء بالاشارة اذا عجز عن النطق وان قدر على الكتابة ولو عجز عن النطق لا كراه فهل تكفي كتابته مع الاشارة الدالة أم لا لم أجد للاصحاب نصا في ذلك في باب البيع والنكاح وغيره وقضية الاصل العدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ وشرطه التنجيز فلو علقه بمجيء الشهر أو شرط الخيار في الضمان فسد ﴾ أما اشتراط التنجيز فلانه عقد من العقود فلا يقبل التعليق وفي (تمهيد القواعد) الاجماع على عدم صحة تعليق العقود على الشرط وقد يلوح ذلك من التذكرة وكشف الاثام وقد علل في قواعد الشهيد وتمهيد القواعد بأن الانتقال مشروط بالرضا ولا رضا الا مع الجزم ولا جزم مع التعليق ولو كان وصفا وقد استوفينا الكلام فيه في باب البيع وكذلك لا يقبل التأقيت كما تقبله الاجارة فيصح أن يؤجره داره بعد سنة ولا يصح أن يضمن بعد سنة ولا أن يقول أنا ضامن الى شهر فاذا مضى ولم أغرم فأنا بريء وأما شرط الخيار في الضمان كان يشرط الضامن الخيار لنفسه فانه يكون باطلا كما في التذكرة وظاهر بيع المبسوط ووجهه أنه ينافي مقتضى الضمان لان الضامن على يقين من الغرامة والغرر فتدبر (وقال) في بيع التذكرة والضمان يصح دخول خيار الشرط فيه للعموم ونحوه ما في بيع التحرير وضمان جامع المقاصد واستظهر المقدس الاردبيلي من التذكرة الاجماع على دخول خيار الشرط في كل معاوضة قال وعموم أدلة العقود والوفاء بها و بالشروط دليل واضح على الكل حتى يوجد المانع من اجماع ونحوه (قلت) والامر كما ذكرنا ذكر من العموم والاصل وانتفاء المانع الا ما يتخيل من ان الضمان يتضمن ابراء ذمة المضمون عنه والابراء لا يدخله خيار الشرط وجوابه أن الضمان حكم من أحكام نقل المال ولا يتضمن الابراء فاذا تحقق النقل غير متزلزل تحققت البراءة والا فلا فليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والابراء كالضمان في انتفاء التعليق فيه ﴾ قد يلوح من التذكرة الاجماع عليه وانه يبطله والمهم تأصيل الاصل فيمكن أن يقال ان العقود والايقاعات ألفاظ متلقاة والاصل عدم قبولها التعليق الا ما خرج بالدليل كالظهار ان قلنا به والوصية والعتق على احتمال ويمكن أن يقال الاصل فيها قبول الشرط والتعليق الا ما خرج بالدليل كالبيع والصلح والاجارة والرهن فليتأمل ولعله ترك ذكر الخيار هنا لمكان ظهور عدم قبول الابراء له ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شرط تأجيل الحال صح ﴾ اجماعا كما في الشرائع والتنقيح وايضاح النافع والمسالك وكذا جامع المقاصد والمفاتيح وفي (الكفاية) لا أعرف فيه خلافا ويدل عليه بعد ذلك الاصل والعمومات السالمة عن المعارض الا ما قد يتوهم من أنه تعليق للضمان على الاجل وليس كذلك بل هو تأجيل للدين الحال في عقد لازم فيلزم (وعساك تقول) ان الضمان نقل المال على ما هو به وهذا ليس كذلك ولا أقل من أن يختلفوا فيه كما اختلفوا في عكسه (لانا نقول) لا نسلم هذه الكلية لانا نجوز ضمان المؤجل حالا كما ستسمع سلمنا ولكن اشتراط تأجيل الحال شرط

والاقرب جواز العكس (متن)

يستقل به صاحب الدين في العقد اللازم بخلاف اشتراط حلول المؤجل فان الاجل هنا مشترك بين المضمون له والمضمون عنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب جواز العكس ﴾ كأن يضمن المؤجل حالا وهو ظاهر المبسوط على تامل فيه وقد نسب الى صريحه في السرائر وغيرها قال في (المبسوط) اذا أطلق الضمان فله المطالبة أي وقت شاء وهو المحكي عن المهذب وصريح السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والمختلف في أول كلامه واللمعة والتنقيح والمقتصر وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض وظاهر التذكرة في موضعين منها الاجماع عليه حيث قال عندنا واستشكل في التحرير في أول كلامه وكذا الكفاية للأصل والعمومات السالمة عن المعارض عدا ماستسمعه من أدلة المخالف وسيتضح فسادها وان الاداء معجلا جائز فكذا الضمان لانه كالاداء وقد نسب الخلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط وانه قال لا يصح لأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولم أجد ذلك فيه وقد سمعت مانسب اليه في السرائر وغيرها ونسب الخلاف جماعة الى المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية ولم أجد ذلك في المقنعة وليس في النهاية الا قوله ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل والى ذلك أشار في السرائر بقوله وقد يوجد في بعض الكتب لاصحابنا ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل قال والمراد بذلك اذا اتفقا على التأخير والاجل فلا بد من ذلك ولا يصح الا بأجل محروس فاما اذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل وكذا اذا أطلقا العقد والى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه وهو حق اليقين لانه لا يمنع منه مانع ومن ادعى خلافه يحتاج الى دليل ولم يجده انتهى وكلامه يعطي انه فهم من عبارة المبسوط المتقدمة انه لو كان مؤجلا وضمنه مطلقا حل وجاز له المطالبة أي وقت شاء فليلحظ ذلك كما انه يعطي وجود الخلاف وكأنه تعريض بما يظهر من الوسيلة والغنية ففي (الوسيلة) انما يصح الضمان بتعيين أجل المال وعد في الغنية من شروط صحته أن يكون الى أجل معلوم وعد شرطين آخرين وادعى الاجماع وكلامهما ليس بنص في الخلاف وتأويل السرائر جار فيه ويشهد له مايظهر من موضعين من التذكرة من دعوى الاجماع كما سمعت لكن المحقق صرح في النافع بوجود الخلاف وقد حكي أي الخلاف في (المسالك) عن الشيخ واتباعه وحكاه بعضهم عن القاضي في الكامل ولعل كلامه كغيره نعم الخلاف صريح فخر الاسلام في الايضاح وشرح الارشاد والمحقق الثاني في جامع المقاصد واستندا الى أن الحلول زيادة في الحق ولهذا تختلف الاثمان به قلت ويحصل به الربوا وهذه الزيادة غير واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان مالم يجب واستحسنه في المختلف ورده الشهيد الثاني ومن تأخر عنه بأن المضمون انما هو المال لان مدلول مافي قولهم ضمان مالم يجب هو المال وأما الاجل فلا يتعلق به الضمان وان كان من توابع الحق وأوصافه الاأن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية وهو حق للمديون فاذا رضي الضامن باسقاطه أو تعجيل الايفاء فقد ضمن مايجب وهو المال ورضي باسقاط الوصف ولا يرد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب في الجملة غايته انه موسع سيما مع رضى المضمون عنه (قلت) مرادهما انه ضمان مال لم يجب أداؤه لان الضمان عندهما نقل المال على ماهو به وقد قصدا بقولهما أن الحلول زيادة في الحق التوضيح فهذا القول لولا ماسيأتي قوي

جداو يعضده اجماع الغنية و يعضد هذا الاجماع أن لا مخالف قبل مدعيه وعبارة المبسوط التي ذكرناها في القول الاول ليست بتلك المكانة من الظهور فيه ولعل عبارة المهذب مثلها وقد يحتج عليه بأن الضمان ارفاق وتسهيل على المضمون عنه وضمان المؤجل حالا يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان و بأن الفرع لا يكون أقوى من الاصل ولعل ذلك هو الذي جرى المتأخرين على المخالفة أو التأمل لانه يجاب عن الاول أولا بعدم جريانه في الضمان تبرعا وثانيا بأنه ان ضمن بسؤاله وتصريحه بالرجوع عليه حالا فهو الذي أدخل الضرر على نفسه والا فليس له المطالبة بما أداه بل يشترط حلوله على المضمون عنه وثالثا بأنا نمنع انحصار فائدة الضمان في الارفاق اذ لا دليل على ذلك من نص ولا اجماع و يحتمل كون الفائدة فيه هو تفاوت الغرماء بجنس الاقتضاء و بذلك يظهر ضعف الثاني مع ان الضمان كالقضاء على اعترافهم فكما انه يجوز للمضمون عنه دفع المال معجلا فكذا يجوز الضمان معجلا هذا أقصى مايوجه به هذا القول ولك أن تقول ان عبارتي الوسيلة والغنية يجري فيهما تأويل السرائر ولعله ناظرا اليهما أيضا وقوله حق اليقين يجري مجرى الاجماع و زيادة فيكون مدعيا للاجماع مضافا الى الاجماعين الظاهرين من التذكرة فينحصر الخلاف في الشارحين وما في النافع من وجود الخلاف فكأنه مبني على الظاهر ولم يحكه في الشرائع ولم يلتفت الى حكايته من غيره من الفحول فانهم غالبا لا يرجعون الى الاصول بل يعولون على الفاضلين وكيف كان فقد عرفت ماقضى به التتبع ثم ان كلام بعض المانعين يقضي بشيء وتعليلهم يقضي بآخر خلافه مع انهم لم يتفقوا على كلمة واحدة نصا وتعليلا فمااتفقوا عليه نصا واختلفوا فيه تعليلا ما اذا كان الدين مؤجلا والضمان حالا فقد نصوا واتفقوا على منعه واختلفوا في تعليله فالشارحان عللا بما سمعت والشيخ وأتباعه عللوا بما عرفت فتعليل الشارحين يقضي بجواز الضمان حالا اذا كان الدين حالا لوجوب الحق فكان ضمان مايجب وتعليل الشيخ يقضي بمنعه لعدم الارتفاق وأما الضمان تبرعا فعند الشارحين انه كغيره وستعرف حقيقة الحال فيه وعند الشيخ المعلل بالارفاق جائز مطلقا لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه وأما مااختلف فيه النص والتعليل فهو كلام الشيخ وأتباعه اذ قضيته نص النهاية والوسيلة والغنية وقد سمعت عباراتها انه متى كان الضمان مؤجلا جاز سواء كان الدين حالا أو مؤجلا والاجل مساو لاجل الضمان أو أزيد منه أو أنقص وهو الذي يعطيه اطلاق اجماع الشرائع قال والضمان المؤجل جائز اجماعا وفي (شرح الارشاد) لفخر الاسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح اجماعا وفي (التنقيح وايضاح النافع) أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح اجماعا وقضية تعليلهم بان الضمان ارفاق فالاخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فتنتفي فائدة الضمان انه لا يجوز الضمان في الاجل المساوي والقاصر وعند الشارحين يجوز في المساوي ولا يجوز في القاصر فكان محل النزاع في كلامهم غير محرر وجاء المتأخرون فنظر بعضهم كصاحب التنقيح والمسالك الى التعليل فقال الاول ان كان الاجل أنقص ففيه الخلاف وقال الثاني الحق ان الخلاف واقع فيما عدى الضمان المؤجل للحال أو الزائد أجله عن أجل الاصل وقضيته ان المساوي أيضا محل خلاف ويقضي أيضا بان ضمان الحال حالا محل خلاف وبكونه محل خلاف صرح المقداد أيضا وهذا يوافق التعليل والنص وقضية كلام المسالك أن التبرع محل خلاف لكن ظاهر ايضاح النافع أو صريحه الاجماع على أن ضمان المؤجل حالا والمؤجل بدون أجله صحيح حيث قال صح قطعا وقد حرر في محله أن هذه الكلمة

فيحل مع السؤال على اشكال (متن)

في كلام الفقيه تجري مجرى الاجماع لكن كلام الشارحين يقضي بعدم الصحة في الضمان تبرعا في هاتين الصورتين كما أشرنا اليه آنفا ولعله لم يفهم ذلك من فخر الاسلام والمحقق الثاني معاصر له (ونظر) بعضهم كالمحقق وفخر الاسلام الى نص عباراتهم فادعيا ماسمعته من الاجماعين ولو هذا لان الاجماعان لقلنا بأن التعليل يحكم على النص ويخصصه بما عدى المساوي والقاصر فقد تحصل انه يجوز الضمان حالا ومؤجلا عن حال ومؤجل تساوى المؤجلان في الاجل أم تفاوتا بان كان الاجل الثاني أزيد أو أنقص فهذه صور ست وعليها اما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه فالصور اثنتا عشرة وكلها جائزة على الاشبه باصول المذهب وعمومات الادلة مضافا الى ماسمعته من الاجماعات وما قضى به تتبع العبارات ﴿قوله﴾ ﴿فيحل مع السؤال على اشكال﴾ هذا فرع على صحة ضمان المؤجل حالا وانما يكون ذلك مع السؤال لامع التبرع وتحرير المسئلة انا اذا قلنا بجواز ضمان المؤجل حالا أو باجل دون الاجل الاول فلو أذن المضمون عنه للضامن كذلك أو مطلقا فهل يحل عليه فيما اذا ضمن حالا و ينقص الاجل فيما اذا كان دون الاجل الاول على تقدير الضمان كذلك أم يبقى عليه الاجل في الصورتين كما كان فلا يرجع عليه الضامن الى حلوله وان أدى قبله الاصحاب فيه على انحاء (أحدها) عدم الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا سواء صرح بالاذن حالا أو أطلق وهو خيرة المختلف والمسالك والروضة وظاهر التحرير ومجمع البرهان وهو الذي استقر عليه رأيه في التذكرة فانه قطع فيها بعدم الحلول مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب عدم الحلول (أما الاول) فلان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول مافي ذمة الضامن ولا يدل على حلول مافي ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات ولاصالة بقاء الاجل ولانه لايحل الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم وهو منتف وهذا ان لم يصرح مع ذلك بالرجوع عليه حالا فلو صرح بذلك رجع كذلك ومنه يعلم حال ماحققه في جامع المقاصد من انه اذا كان الاذن في قضاء المؤجل في الحال موجبا لثبوت الرجوع كذلك قوي حلول المؤجل بما ذكر لانا قد لاندعي الفرق لان الاذن في القضاء كالتصريح بالرجوع فليتأمل (وأما الثاني) فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لايقتضي حلول الحق على المضمون عنه للاصل ولانه لا يحل عليه الا باسقاطه أو اشتراطه في عقد لازم الى آخر ماتقدم (الثاني) انه يرجع عليه كما أدى في الحالتين أما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلا فقضاه استحق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن وأما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل فيكون ماذونا ضمنا لانه بعض مايدل عليه اللفظ وهو ظاهر التنقيح بل صريحه ولم أجد أحدا من الخاصة والعامة قال به غيره لان الناس في صورة الاطلاق بين قاطع بعدم الرجوع ومستشكل فيه كما عرفت وستعرف (الثالث) التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق (أما الأول) فلما تقدم في الوجه الثاني (وأما الثاني) فلما تقدم في الوجه الأول وهو ظاهر المفاتيح (الرابع) انه مع التصريح بالسؤال حالا يرجع عليه كذلك وأما مع الاطلاق فيحل اشكال وهو خيرة الايضاح لانه قطع بان اشكال الكتاب انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح قال لانه لا يقتضي الحلول على المضمون (الخامس) ضده وهو ما في جامع المقاصد

الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد وجواز التصرف والملاءة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار (متن)

من انه مع الاطلاق قد يقال انه لا اشكال في عدم الحلول وان الاشكال انما هو مع التصريح قلت على هذا شواهد من كلامهم وفي (المسالك) ان الحق ان الاشكال واقع على التقديرين ﴿قوله﴾ ﴿ الثاني الضامن وشرطه البلوغ والرشد ﴾ فلا يصح ضمان الصبي والمجنون اجماعا كما في ظاهر الغنية أو صريحها وصريح المسالك لمكان الحجر عليهما ورفع القلم عنهما ولا فرق في الصبي بين أن يكون مميزا أم لا اذن له الولي أم لا لان كانت عبارته مسلوبة الاعتبار فلا يؤثر فيها اذن الولي ويصح الضمان عنهما بلا خلاف الا ما حكاه في المختلف عن الطبرسي من أن من لا يعقل كالصبي والمجنون والمغمى عليه لا يصح ضمانهم ولا الضمان عنهم والاصل والعمومات وفحوى مادل على صحته عن الميت حجة عليه ويدخل تحت اشتراط الرشد عدم صحة ضمان المحجور عليه لسفه اذا لم يأذن له الولي وكذا المغمى عليه والسكران والنائم والمبرسم الذي يهذي ويخلط في كلامه ويبقى الكلام في الساهي والغافل والهازي وقد تخرج هذه من اشتراط جواز التصرف فليتأمل والاولى ان يأتي لها بعنوان آخر وهو القصد او ان لا يكون مسلوب العبارة ولعله يدخل فيه الاخرس الذي لا تفهم اشارته ولا يكتب وعد في (التحرير) من شروط الصحة الاختيار ثم قال فلو ضمن مكرها لم يصح اجماعا ولم اجد احدا عد العدالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجواز التصرف ﴾ هذا ايضاً من شروط الصحة وهذا يغني عما قبله لدخوله تحته فلا يصح من السفيه بلا خلاف ويأتي في كلام المصنف التعرض لحال ضمان المملوك والمفلس والمريض والاخرس ﴿ قوله ﴾ ﴿ والملاءة حين الضمان أو علم المستحق بالاعسار ﴾ كما في النهاية والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض (وفيه) انه لم يجد خلافا فيه وفي ظاهر الغنية الاجماع على ذلك ونسبه في السرائر الى اصحابنا وقال في (الكفاية) قالوا وفي جامع المقاصد ان ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق واراد بالحكم أن للمضمون له الفسخ اذا لم يعلم باعسار الضامن وهذا الاجماع يتناول ما نحن فيه باللازم (قلت) وفي موثقة الحسن ابن الجهم ما قد يظهر منه الدلالة على ذلك فان فيها (قلت) ما تقول في الصبي لأمه ان تحلل قال نعم اذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه (قلت) فان لم يكن لها قال فلا والشهرة تجبر السند والدلالة والاجماع يعضده على ان الموثق في نفسه حجة مضافا الى الاصل وان عقد الضمان مبني على الارتفاق وان المتبادر ان المقصود من الضمان استيفاء الحق من الضامن وبه يشعر ظاهرا اشتراط رضا المضمون له في بعض النصوص وانما يكون ذلك اذا امكن الاداء بيساره فلا ينصرف اطلاق النصوص الى غير الملي وغير العالم باعساره مع ما في عدم اعتباره من لزوم الضرر وبه يجاب عن عموم الامر بالوفاء بالعقود لو تمسك به نعم هذا العموم سالم عن المعارض اذا علم باعساره لاندفاع الضرر بالاقدام عليه وفي خبر عيسى ابن عبد الله دلالة على ذلك قال احتضر عبد الله ابن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم فقال لهم لا مال عندي فاعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمي علي ابن الحسين عليه السلام أو عبد الله ابن جعفر فقال الغرماء عبد الله ابن جعفر ملي مطول وعلي ابن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه

ولا يشترط استمرار الملاءة أما لو لم يعلم كان له الفسخ (متن)

فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غله ولم تكن له غلة تجملا فقال القوم قد رضينا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح له المال فاداه وقد يقال ان مجرد الملاءة مع حصول المطل كما تضمنه هذا الخبر لا تفيد فائدة في ترتب الاثر عليها فلو جعل الشرط هنا رضى المضمون له بالضامن وقبوله له مليا كان أو غير ملي لكان اظهر فتدبر فينقدح من ذلك ان اشتراطهم رضا المضمون له كما هو المشهور كما يأتي بالضمان والضامن كاف عن هذا الشرط والمراد بالملاءة هنا ان يكون مالكا لما يؤدي به الدين فاضلا عن المستثنيات وهذا الشرط شرط في اللزوم لا في الصحة كما ستعرف ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله حين الضمان اما قيد في الجميع أو في الاخيرين أعني جواز التصرف والملاءة أو في الاخير كما في التحرير والكل متجه وخصه في (جامع المقاصد) بالاخير قال لا يخفى ان الشروط السابقة انما تشترط حين الضمان وانما خص هذه يعني الملاءة بالتقييد لينبه على ان طرو الاعسار لا يثبت الفسخ وانما كان هذا موضع توهم ثبوت الفسخ دون غيره لان الضمان في معنى اداء الدين والمقصود الاصلي منه الارتفاق بنقل الدين الى ذمة الضامن وانما يكون كذلك اذا كان الاداء منه ايسر فلا جرم اذا فات هذا المقصود الذي انما بني الضمان عليه تخير المضمون له لفوات المقصود منه كما يتخير المشتري اذا ظهر في البيع عيب أو غبن حيث كان المقصود هو الصحة والاخذ بالقيمة أو ادون اذ البيع مبني على المماكسة وهذا بخلاف ما اذا باع مؤجلا فظهر الاعسار اذ ليس مقصود البيع الاصلي بالنسبة الى اداء الثمن كما في الضمان انتهى وهو جيد جدا وتشهد له عبارة التحرير حيث ذكر اشتراط الملاءة وحده وقيده بوقت الضمان غير ان توهم ثبوت الفسخ بطرو الاعسار يدفعه التصريح به بعده بلا فاصلة حيث قال ولا يشترط استمرار الملاءة فلو تجدد لم يكن له فسخ ثم انه بناء على ما قال كان الواجب ان يقول فلا يشترط استمرار الملاءة بالفاء دون الواو ثم ان هذا التنبيه جار في جواز التصرف فلعله اراد ان ينبه ان طرو الاعسار وطرو الفلس لا يثبتان الفسخ اذ التعليل الذي ذكره جار فيهما فتأمل وقد يكون القيد تصريحا بالمراد والواقع وتوضيحا لمكان جريانه في الجميع وهي فيه على وتيرة واحدة أو ردا على الشافعي حيث قال بصحة ضمان السكران أو على احمد حيث قال بجواز ضمان الصبي المميز وهو كاف في ذلك على انه قد خلت عن هذا القيد عبارات الاصحاب جميعها ما عدا عبارة التحرير والروضة فلو كان يجدي نفعا غير التوضيح والتصريح أو الرد على الشافعي وأحمد لذكره المحققون المدققون كالمحقق والشهيد وغيرهما والغرض بيان الحال في هذا القيد والا فالامر سهل ﴿قوله﴾ ﴿ولا يشترط استمرار الملاءة﴾ فلو تجدد اعساره لم يكن له فسخ الضمان طفحت به عباراتهم منطوقا ومفهوما لتحقق الشرط حين الضمان والاصل بقاء الصحة فلا يقدح تخلفه بعد ذلك كغيره من الشروط وكما لا يقدح تجدد اعساره المانع من الاستيفاء كذلك لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان ﴿قوله﴾ ﴿اما لو لم يعلم كان له الفسخ﴾ كما في النهاية والوسيلة والسرائر وما تأخر عنها ولذا قال في (جامع المقاصد) ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق ونسبه في السرائر الى اصحابنا مؤذنا بدعوى الاجماع أيضا وقضية ذكره في النهاية ان يكون به خبر او اخبار معتمدة والا فما كان ابن ادريس ليحكم بذلك مع ان قضية الاصل ان يكون فاسدا لفقد الشرط

ويصح ضمان الزوجة وفي صحة ضمان المملوك بدون إذن السيد اشكال من أنه إثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح وانتفاء الضرر على مولاه (متن)

وليس من قبيل ما اذا باع مؤجلا فبان الاعسار كما حكينا آنفا عن جامع المقاصد فالحظه فلم ار من حرره قبله وهل هو على الفور او التراخي وجهان اجودهما الثاني كما عليه الشهيد الثاني وشيخنا صاحب الرياض وفي (التحرير) في الفورية اشكال واحتمل في (مجمع البرهان) الفورية خصوصا مع العلم بالمسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح ضمان الزوجه ﴾ ولا يحتاج الى اذن الزوج كما في سائر تصرفاتها وبه قال اكثر اهل العلم من العامة والخاصة وقال مالك لا بد من اذن الزوج كما في التذكرة وقال في (المبسوط) يصح ضمان المرأة كما يصح ضمان الرجل بلا خلاف فاطلق ولم يفصل ولعل مستند مالك في ذلك ما قيل من انه قد يفضي الى تعطيل بعض حقوقه بنحو استحقاق الحبس (واجيب) بان هذا ليس من لوازمه وان كان قد يترتب عليه بمطل ونحوه ولو كان هذا مانعا لمنعت من جميع المعاوضات لتطرق المحذور اليها واما ضمان الخالية من بعل فلا نعلم فيه خلافا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي صحة ضمان المملوك بدون اذن السيد اشكال من انه اثبات مال في الذمة بعقد فاشبه النكاح ﴾ هذا هو الوجه الاول من الاشكال ومعناه ان العبد ممنوع من النكاح لانه يتضمن اثبات مال في ذمته وهذه العلة قائمة في الضمان وهذا احد وجهي الشافعية (وفيه) مع كونه قياسا باطلا منع كون المانع من النكاح هو اثبات المال في الذمة بل المانع قبح التصرف في مال الغير بغير اذنه مع انه ينتقض (بمفهوم خ) بمفوضة البضع فان المنع من العقد ثابت مع انتفاء المال وبما اذا بذله اجنبي فالمانع هو ما اشرنا اليه من كونه لا يقدر على شيء وتخصيصه بالمال كما في (المختلف) لا دليل عليه مضافا الى استشهادهم صلوات الله عليهم بالآية في منعه في نحو الطلاق الذي ليس بمال في كثير من النصوص وان ذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها بدون اذنه وما ثبت قهرا من عوض اتلاف وجناية أو غصب لا يقدح لان ذلك مبني على القهر بالنسبة الى كل جان لوقوعه بغير اذن مستحقة وليس ذلك بالالتزام ومن ثم لزم ذلك الصبي والمجنون مع عدم صحة ضمانهما اجماعا فالاصح عدم الصحة كما في المبسوط والشرائع والارشاد والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك وغيرها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وانتفاء الضرر على مولاه ﴾ هذا هو الوجه الثاني من الاشكال وهو وجه الصحة وهي خيرة التذكرة والمختلف وبيانه ان المانع هو تضرر المولى بتعطله عن خدمته وهو منتف لان استحقاق المطالبة بما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه كما لو استدان بغير اذن سيده مضافا الى الاصل وعمومات الضمان وعموم أوفوا بالعقود وقد عرفت ان المانع ليس هو التضرر وانما هو عدم قدرته على شيء والاصل لا اصل له بعد قطع النظر عن العموم بل مقتضاه الفساد ولا لعمومات الضمان بعد فقد اللفظ الدال عليها في اللغة والعرف وما روي أن الزعيم غارم فامي على أنه يخرج بالاخير والاطلاق ينصرف الى الغالب المتبادر وليس منه ما نحن فيه وعموم أوفوا بالعقود لا يتناول ما نهي عنها منها لعدم استكمال أركانها حتى يتحقق وجود العقد أو مخصوص بها أو نقول انه مخصوص بالحاضرين وجريانه فيمن عداهم بالاجماع المفقود في محل الفرض لمكان النزاع بل ذهاب الاكثر الى عدم الصحة بل قد نقول أن ذهاب المشهور الى

فان جوزناه تبع به بعد العتق قطعا ولو أذن له احتمل تعلقه بكسبه وبذمته ويتبع به بعد العتق أما لو شرطه في الضمان (متن)

عدم الصحة قرينة على أنه لا يسمى عقدا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان جوزناه تبع به بعد العتق قطعا ﴾ كما في جامع المقاصد لان كسبه مملوك للمولى ولا يملك التصرف في مال مولاه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن له احتمل تعلقه بكسبه و بذمته و يتبع به بعد العتق ﴾ اذا ضمن باذن سيده صح ضمانه قولا واحدا كما في التذكرة و بلا خلاف كما في المبسوط واجماعا قاله في المبسوط كما في المختلف فاذا أذن له وأطلق ولم يشترط له الاداء من الكسب ولا الصبر الى أن يعتق فهل يتعلق بكسبه أو ذمته أقوال (أحدها) انه يتعلق بكسبه وهذا لم أجد به قائلا منا وانما حكي في المبسوط والمسالك وجعله في جامع المقاصد احتمالا وقال في (التذكرة) انه أحد قولي الشافعية وانه الاظهر عندهم ووجهه أن اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذي يستعقب الاداء فانه المعهود والاداء من غير مال السيد ممتنع وكذا من ماله غير الكسب والا لكان هو الضامن لا العبد وهو خلاف التقدير فيكون في كسبه قال في (جامع المقاصد) هذا التوجيه ان تم اقتضى عدم القصر على الكسب بل وجوب الاداء على السيد وهو قريب من قول ابن الجنيد ولا يخلو من قرب ونحو ذلك ما في المسالك وقال لعله اقوى وفي (الروضة) انه متجه قلت فهو قول آخر وقال في (المختلف) هذا البحث يبنى على البحث في استدانة العبد باذن مولاه فان قلنا انه لازم للمولى فكذا هنا وان قلنا انه لازم لذمة العبد فكذا هنا وكان أبا علي نظر الى ذلك فان الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة ثم رجح أنه يتعلق بذمة العبد لانه ذهب اليه هناك (وانت خبير) بان محل النزاع هناك انما هو فيما اذن له في الاستدانة لمصالح نفسه أي العبد ثم اعتقه والمشهور المعروف هناك الزام المولى والمخالف جماعة قليلون منهم المصنف في المختلف ظاهرا وقلنا هناك ان لزومه للعبد مخالف للقواعد الشرعية فان العبد المأذون وكيل أو كالوكيل على اختلاف الرأيين فاستدانته وضمانه باذنه للمولى (له وعليه خ ل) وعلى المولى (الثاني) انه يتعلق بذمته فيتبع به بعد العتق وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف واللمعة لان اطلاق الضمان اعم من كل منهما والعام لا يدل على الخاص ولم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه ملكه ولان الاذن في الكلي ليس اذنا في الجزئي المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه هكذا ذكروا في توجيهه وهو لا يدل الا على عدم تعلقه بمال المولى الا أن تقول انه يدل على تعلقه بذمة العبد باللازم لان المفروض أن الضمان صحيح وقد يوجه أيضا بانه بالاذن زال عنه الحجر بالنسبة الى الضمان فيصير كسائر الضمناء لقيام السبب به وان كان رفع المانع من المولى ولم يرجح في المبسوط والايضاح (الثالث) ما حكاه في المختلف عن أبي علي من أنه اذا أذن له السيد في الضمان أدى المال فان كان معدماً بيع العبد وأدى ثمنه في كفالته عن المعسر وان أعتق وأعسر المضمون عنه كان على السيد ما يجب بحق الكفالة ولعله يعود الى ما استوجهه الشهيد الثاني وقد سمعت ما في جامع المقاصد من أنه غيره وقريب منه الا أن تقول أن الفارق نصه على بيع العبد مطلقا مع أنه لا يباع في الدين (الرابع) ما في التحرير من أنه يتعلق برقبته كما في نسختين منه ولعله أراد ذمته وهو على ظاهره قول لبعض الشافعية وانه يباع في الضمان حكاه في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو شرطه في الضمان

باذن السيد صح كما لو شرط الاداء من ماله بعينه والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحر (متن)

باذن السيد صح كالو شرط الاداء من مال بعينه ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير ومعناه انه لو قال السيد لعبده اضمنه واقضه مما تكتسبه صح الضمان وتعلق المال بكسبه ووجهه ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مال بعينه فان وفى كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون لحقه والا ضاع عليه ما قصر ويحتمل ان يكون المراد انه شرط الضمان في كسبه اوذمته كما صرح به في المبسوط وبالاول صرح في التحرير والمسالك واقتصر فيهما عليه وفي (اللمعة) الا ان يشترط كونه من مال المولى فيلزم وحينئذ فيدخل فيه ما اذا شرط كونه من كسبه لانه من جملة مال المولى وكيف كان يرد على الاول انه لو اعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب ففي المسالك ان الظاهر من كلامهم انه يبقى التعلق ولا يبطل الضمان لفوات المحل المعين لاداء المال وعليه يشكل صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه لان مال العبد بعد العتق ليس من جملة أموال السيد بل ولا يسمى كسبا فلا يكون كما لو شرط الاداء من مال بعينه والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء بل هو بالاذن يصير كالوكيل واشتراطه في الكسب بمنزلة التعيين من الموكل في مال مخصوص وقد فات فلا يتبع به وان أطلق عليه الكسب بالمعنى الاعم وعساك تقول ان عقد الضمان على كسبه باذن المولى كعقد الاجارة على منفعته كذلك فلو باعه حينئذ أو أعتقه بقيت منافعه مملوكة للمستأجر (قلت) الضمان كالاستدانة وقد أطبقوا كما مر انه لو استدان لمصالح نفسه باذنه ثم باعه لزم الدين المولى وكذا لو أعتقه على المشهور المعروف بينهم والمخالف نادر فكان فرق واضح بين الضمان والاجارة وان دق فالاولى رد ما في المسالك مما استظهره من كلامهم من بقاء التعلق وهذا كلامهم بين أيدينا والسير بيننا و بينه وانما نسب ذلك الى القيل الذي لا يعلم قائله بل قولهم كما لو شرط الاداء من مال بعينه يقضي بخلاف ما قال كما ستسمع وعلى الثاني ان ذمة العبد مملوكة للسيد فكيف يثبت فيه مال باختيار العبد والسيد ولا يكون المال على السيد مع كون العبد لا يقدر على شيء ولا ينتقض بعوض الاتلاف لانه مال قهري فليس هو أيضا كما لو شرط الاداء من مال بعينه الا أن يقول انه بالاذن صار كسائر الضمناء كما أشرنا اليه آنفا ويتفرع على الاول لو مات العبد قبل امكان الاداء فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمل اللزوم لان اذنه له في الضمان في كسبه كاذنه له في الضمان في مال معين فاذا تلف المال يعود الضمان الى ذمة صاحب المال أعني الضامن على الخلاف الآتي في المطلب الثاني والاقوى ذلك أعني العود على الضامن وانه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني وان قلنا بعدم عوده اليه فلا اشكال ويحتمل ضعيفا عدم لزومه للمولى وان قلنا به ثمة لان الكسب ليس كمحض مال السيد بل حق له ولهذا قيل انه لو أعتق بقي متعلقا بكسب المعتق فدل على انه لم يتعلق بالمولى محضا وقد عرفت الحال في ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والسفيه بعد الحجر كالمملوك وقبله كالحر ﴾ الذي جزم به في التذكرة والتحرير انه لا يصح ضمان المحجور عليه لسفه لانه ممنوع من التصرفات المالية بل نفى بعضهم الخلاف فيه وقضية قوله هنا انه بعد الحجر كالمملوك انه يمكن القول بالصحة ويتبع به بعد فك الحجر وهو قول لبعض العامة وأنه يمكن القول بالبطلان والصحيح انه لا وجه للصحة لان الضمان اما اقراض له فيه الرجوع أو تبرع وكلاهما يمنع منهما كما يمنع من

وكذا المفلس كالحر لكنه لا يشارك ولا يصح من الصبي وان أذن له الولي فان اختلفا قدم قول الضامن لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس لمدعي الاهلية أصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه (متن)

القرض والهبة والبيع وسائر التصرفات المالية نعم لو أذن له الولي في الضمان فهو كما لو أذن له في البيع وقضية كلامهم في المقام أن الحجر لا يثبت عليه الا بحكم الحاكم وقد تقدم انه المشهور وانه لم يعرف الخلاف فيه الا من الشهيد في اللمعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا المفلس كالحر لكنه لا يشارك ﴾ أي لا يشارك المضمون له الغرماء فاسم لكن وضمير يشارك بالتاء الفاعل راجعان الى المضمون له الذي دل عليه المقام فكأنه قال المفلس كالحر يصح ضمانه اذا رضي المضمون له لكنه لا يشارك الغرماء كما يأتي له في قوله فان اختلفا نعم قوله كذا مستدرك لا يكاد يتجه له وجه والحكم مما لا ريب فيه اذ الحجر عليه انما هو في ماله لا في ذمته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح من الصبي وان أذن له الولي ﴾ قد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان اختلفا قدم قول الضامن لاصالة براءة الذمة وعدم البلوغ وليس لمدعي الاهلية أصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه ﴾ أي فان اختلف الضامن والمضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبى أو حال الكمال قدم قول الضامن في أنه كان صبيا وقت الضمان لان الاصل براءة الذمة وكذا الاصل عدم البلوغ وليس لمدعي أهلية الضمان حين وقوعه وهو المضمون له أصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه يكون معارضا للاصلين كما نبه على ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد ونحوه ما في المبسوط والتحرير وحكى الشهيد عن القطب انه قال للمصنف ان معه أصل صحة العقد فقال يعارضه اصالة الصبى ويبقى اصالة البراءة سليما عن المعارض وكأنه لا أصل انتهى فليتأمل فيه وقال في (جامع المقاصد) فان قيل للمضمون اصالة الصحة في العقود وظاهر حال البالغ أنه لا يتصرف باطلا قلنا الاصل في العقود الصحة بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد اما قبله فلا وجود للعقد فلو اختلفا في كون المعقود عليه هو الحر أم العبد حلف منكر وقوع العقد على العبد وكذا الظاهر انما يثبت مع الاستكمال المذكور لا مطلقا انتهى وهو جيد جدا وفيه دقة لكن ينبغي فيما اذا اختلفا في كون المعقود عليه الحر أن يقيد فيما اذا كان باعه بطبيعة العبد أو نحو ذلك والا فعلى اطلاقه لا يتجه والحاصل انه يقدم مدعي الفساد في أركان العقد حيث يكون أصل يستند اليه أو ظاهر يعول عليه وقد صرح بذلك في باب الاجارة وغيرها لكنه في باب البيع فيما لو قال بعتك وأنا صبي قال ان احتمال تقديم قول البائع يعني مدعي الصبا في غاية الضعف لان اصالة البقاء مندفعة بالاقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعا فان صحته تقتضي عدم بقاء الصبوة فلا يعد معارضا كما لا يعد احتمال الفساد معارضا لاصالة الصحة في مطلق الاقرار بوقوع عقد البيع ثم قال (فان قلت) أصلان قد تعارضا فالقطع بثبوت وصف الصبوة سابقا (قلت) قد انقطع بالاعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح الى آخر ما قال وقد أطنب في ترجيح ذلك وأطال ومثل ذلك قال في باب الرهن فيما اذا قال الراهن أذنت لي في البيع فبعت قبل رجوعك عن الاذن وقال المرتهن انما بعت بعد الرجوع وقد بينا الحال في ذلك هناك وتقصاه عليه في المقامين (هذا) ولو انعكس الامر كأن قال المضمون له ضمنت وأنت صبي وادعى الضامن البلوغ قدم قول مدعي الصحة وهذا كله اذا لم يحصل العلم

بخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون اما غيره فلا والمكاتب كالعبد والمريض يمضي من الثلث (الثالث) المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان (متن)

بصدق أحدهما كما اذا عينا للضمان وقتا يعلم الحال فيه ولو حصل الاختلاف في وقوع العقد يوم الجمعة وكان فيه كاملا وفي يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما فيه صبيا فالعقد حادث والاصل تأخره عن يوم الخميس فيقضى بوقوعه يوم الجمعة ودخول يوم الجمعة حادث والاصل تأخره عن العقد فيقضى بوقوعه يوم الخميس فتساقطا واصل البراءة يعضد الاصل الثاني وأصل صحة العقد وظاهر حال المسلم البالغ يعضدان الاول لكنه يجري فيهما ما تقدم فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف مالو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا ﴾ لان الاصل في العقد الصحة مع اعتضاده بالظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث فيمن عرف له حالة جنون أما غيره فلا ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه لو ادعى من يعتوره الجنون انه ضمن حال جنونه وادعى المضمون له أن ضمانه في حال افاقته فان القول قول الضامن لما تقدم أما لو لم يعلم منه جنون سابق فادعى انه حال الضمان كان مجنونا فانه لا تسمع دعواه وله احلاف المضمون له ان ادعى علمه بالجنون وكذلك لو ادعى انه كان ساهيا أو غافلا أو مكرها الا أن تعلم له هذه الحالات في الغالب أو كثير من حالاته وهذه وان رجعت بالاخرة الى شرائط الاركان لكنها لا يعتد بها مالم تعرف من حاله في كثير من أحواله فما لم تعرف من حاله يكون حالها حال الشروط الخارجة وفي (المبسوط) أنه اذا لم يعرف له حال جنون وادعى انه كان مجنونا ان القول قوله لان الاصل براءة الذمة والمصنف في باب الخلع قال ولو ادعت وقوعه حال جنونه وادعى وقوعه حال افاقته و بالعكس فالاقرب تقديم قول مدعي الصحة (وفيه) أن الاصل عدم الوقوع وبقاء النكاح والبراءة من العوض مضافا الى مامر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمكاتب كالعبد ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وتحرير المقام ان يقال المكاتب المشروط وأم الولد والمدبر كالقن في الضمان لا يصح ضمانه الا باذن سيده لأنهم محجور عليهم في تصرفاتهم أو يقال انه يصح ويتبع به بعد العتق على الخلاف الذي سبق ولو ضمن باذن سيده صح لان الحق للمكاتب أو للسيد لا يعدوهما وقد اتفقا على الضمان ويكون في ذمته أو في كسبه (وقال) في التذكرة الوجه عندي الصحة ان استعقب ضمانه الرجوع كما لو أذن له المضمون عنه في الضمان وكان الضمان مصلحة لا مفسدة كما لو كان المضمون عنه معسرا فانه لا يصح وأما المكاتب المطلق فليس للسيد منعه من الضمان مطلقا كيف شاء لانقطاع تصرفات المولى عنه ولو كان بعضه حرا و بعضه رقا ولا مهايات بينه و بين السيد لم يكن له الضمان الا باذنه وكذا لو كان بينهما مهاياة وضمن في أيام السيد ولو ضمن في أيام نفسه فالاقرب الجواز كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمريض يمضي من الثلث ﴾ اذا كان مرض الموت عند قوم ومن الاصل عند آخرين كما تقدم بيانه مسبغا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث المضمون عنه وهو الاصيل ولا يعتبر رضاه في صحة الضمان ﴾ اجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وفي (الرياض) بلا خلاف أجده حتى من القائلين بعدم الصحة مع الانكار فان قولهم بذلك غير مبني على اعتبار رضاه ابتداء بل على جعلهم الانكار مانعا انتهى وهو كلام غير منقح ولا محرر كما ستعرف ويدل عليه بعد الاجماع العمومات وظواهر

فيصح ضمان المتبرع ولو أنكر بعد الضمان على رأي (متن)

الآيات المعتبرة التي اكتفى فيه في شرائط الصحة والحكم باللزوم بمجرد رضا المشروط له اعني المضمون له كما ستسمعها في الكلام على رضاه والنبوي الدال على ضمان أمير المؤمنين عليه السلام مافي ذمة الميت ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مضافا الى الاجماع المحكي في التذكرة وغيرها على صحة الضمان عن الميت ومن المعلوم انه لايتصور رضاه وماذكره المصنف بقوله لانه كالاداء اذ المراد أن الضمان كأداء الدين ولما لم يعتبر رضا المديون لم يعتبر في الضمان رضاه أيضا ﴿قوله﴾ ﴿فيصح ضمان المتبرع ولوأنكر بعد الضمان على رأي﴾ موافق للسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والمختلف والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك وغيرها وهو الذي حكاه المصنف عن والده وقد نسب الخلاف الى الشيخين في المقنعة والنهاية والقاضي وابن حمزة قال في (النهاية) ومتى تبرع الضامن من غير مسئلة المضمون عنه ذلك وقبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه الا أن ينكر ذلك ويأباه فيبطل ضمان المتبرع فيكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان انتهى فظاهر المحقق في الشرائع والمصنف في الكتاب والتذكرة أنهما فهما من هؤلاء الجماعة أن مجرد الانكار مانع عندهم وبه فسر في المسالك عبارة الشرائع قال أي أنكر المضمون عنه الضمان فانه لا أثر لانكاره فانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء لاعبرة بانكاره بعده وهو الذي فهمه شيخنا صاحب الرياض فقال ما سمعته آنفا والذي فهمه ابن ادريس وكاشف الرموز والمصنف في التحرير والمختلف وأبو العباس والمقداد والقطيفي وفخر الاسلام في بعض تحقيقاته والمحقق الثاني أن المراد بالانكار في كلام الجماعة عدم الرضا بالضمان وقد يكون المحقق والمصنف في الكتابين فهما ذلك لمكان التفريع وهو الذي أفصحت به عبارة الوسيلة حيث عبر بالاباء ولم يعبر بالانكار واليه أشار في النهاية بقوله ويأباه وعلى هذا فالمسئلة أعني مسئلة عدم اعتبار الرضا خلا فيه كما في كشف الرموز والتنقيح فلا معنى لنفي الخلاف فيها وأما دعوى الاجماع فممكنه مع وجود الخلاف لان المدار على القطع ووجه فهمهم الخلاف من كلام الشيخين انهما حملا عدم الرضا مانعا فيكون وجوده شرطا كعدم الطهارة بالنسبة الى الصلوة فالمشكوك فيه يلحق بالعدم كما حرر في محله فيصير حاصل عبارة النهاية فقد برأ المضمون عنه اذا رضي والا لم يبرأ سواء علم عدم رضاه أم لم يعلم وكيف كان فقد رموه على التقديرين بالضعف لعدم المقتضي للبطلان والحق أن الشيخين ومن وافقهما قد استندوا الى رواية أشار اليها في السرائر قال في (السرائر) فاما رضى المضمون عنه فليس من شرط صحة انعقاده بل من شرط استقراره ولزومه لان المضمون عنه اذا لم يرض بالضمان لم يصح على مارواه وأورده بعض أصحابنا والصحيح انه يستقر ويلزم لان الضمان نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن بلا خلاف بينهم الى آخر ماقال وعلى هذا يكون الخلاف في اللزوم لافي الصحة فيكون كالفضولي وسهل الخطب في دعوى الاجماع ونفي الخلاف في الجملة وهو خلاف الظاهر ولا يكون كلام قدمائنا بتلك المكانة من الضعف ولا معنى لقوله في المسالك انه ضعيف جدا بل يكون قويا جدا لمكان الرواية المرسلة المعمول بها عند هؤلاء الاجلاء وانما ردها ابن ادريس على أصله ومخالفة المحقق والمصنف وأتباعهم لهم غير قادحة لانهم لم يحرروا كلامهم ولم يقفوا على دليلهم ومرادهم الا أن تحمل عبارة الكتاب والشرائع على ما احتملاه فيهما آنفا وذلك كأنه بعيد عن عبارة التذكرة لانه ذكره

ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه (متن)

في تذنيب على حده من دون تفريع وان جريت بها على ذلك انحصر عدم الفهم في المسالك والرياض لانهما لايجري فيهما هذا التأويل وليس هذا منا موافقة لهم وانما هو بيان الحال وان كلامهم ليس تلك المكانة من الضعف والاختلال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الضمان عن الميت وان كان مفلسا ﴾ عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وبه طفحت عبارات أصحابنا كالخلاف والمبسوط والغنية وغيرها مما تأخر عنها وبه قال الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد والمخالف أبو حنيفة وسفيان كما في الخلاف قالا لايصح الضمان عن الميت اذا لم يخلف وفاء لان الموت مع عدم المطالبة يسقط الوفاء بالحق وبطلانه ظاهر اذ لايسقط بذلك مافي الذمة ثم ان الاخبار من طرق الخاصة والعامة تخالف ماقالا وستسمعها انشاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط معرفة المضمون عنه نعم لا بد من امتيازه عن غيره عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه ﴾ أما عدم اشتراط معرفته بالوصف والنسب فهو خيرة الخلاف والغنية والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي (التذكرة) لايشترط معرفة المضمون عنه فلو ضمن الضامن عمن لايعرفه صح ضمانه عند علمائنا لكن هؤلاء اختلفوا ففي الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة كالكتاب انه لابد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن القصد معه الى الضمان عنه وفي (التذكرة) ان الاقرب انه لا يشترط ذلك وهو خيرة الروضة والمسالك والمفاتيح والكفاية وظاهر اطلاق الباقين وكأنه مال اليه في جامع المقاصد لكنه حكى عن التذكرة مايفهم منه التناقض بين كلاميها لانه حكى عنها أولا أنه لا يشترط معرفته بما يميزه ثم حكى عنها أنه قال نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد الى الضمان عنه وسكت مع أن الموجود في التذكرة بعد ذلك التقييد بما لو لم يقصد الضمان عن أي من كان وبه يرتفع التنافي وما حكي في المسالك والكفاية عن المختلف من أنه اشترط فيه العلم بالمضمون عنه لعله لم يصادف محله وكأنهما انما لحظا أول كلامه وقد قال في آخر كلامه انه لا يشترط علمه بنسبه وحاله فانه يعني الميت الذي صلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم بعد ضمان أمير المؤمنين عليه السلام معين بشخصه وحضوره عنده وهو معنى ما في الكتاب والاصل عدم معرفته بنسبه وحاله فتأمل والمخالف الشيخ في المبسوط والمهذب في التنقيح حيث ذهبا الى ان من شرطه معرفته أي المضمون عنه وقال في (المبسوط) انه الاظهر ووجهه بانه لينظر هل يستحق ذلك عليه أم لا ومعناه هل هو مما يستحق عليه المال أو ليس مما يستحق عليه شيء وهذا قد يكون المراد به معرفته بنسبه وحاله وقد لا يكون مخالفا فيرجع بالآخرة الى ما في الكتاب وقد استدل عليه في التنقيح بوجه للشافعي غير صحيح وهو انه احسان ولا بد من معرفة محله والالكان وضعه في غير اهله فلا يستفيد الا محمدة اللئام (وكيف كان) فحجة المشهور على عدم اشتراط المعرفة بالوصف والنسب عموم قوله جل شأنه أوفوا بالعقود المتأيد بالاصل وباطلاقات اخبار الباب وما رواه ابو سعيد الخدري في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام الدرهمين عن الميت الذي امتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه وما رواه جابر في ضمان ابي قتاده الدينارين عن الميت كذلك وهما يدلان على الضمان مع عدم العلم بالمضمون عنه وله حيث لم يسئل صلى الله عليه وسلم

(الرابع) المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه (متن)

أمير المؤمنين ولا ابا قتادة عن الميت ولا صاحب الدين (قلت) وقد يكون ذلك لعلمهما بهما لكن الاصل ينفيه وبان الضمان وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مدبون وبأنه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته (واحتج القائلون) منهم باشتراط امتياز المضمون عنه ليصح معه القصد الى الضمان عنه بان الضمان يتوقف على القصد وهو متعلق بالمضمون عنه والحق فلا بد من تمييزه بوجه تزول عنه الجهالة ويمكن القصد اليه (واورد) عليه بانه يشكل بمنع توقف القصد على ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي ذكره المضمون له عنه وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين فلو قال شخص اني استحق في ذمة آخر مائة درهم مثلا فقال آخر ضمنتها لك كان قاصدا الى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقاً ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته (قلت) قد يكونون ارادوا ما في المبسوط من انه هل هو ممن يستحق عليه حتى يتوجه القصد اليه فتأمل وربما قيل أن المستفاد من اخبار الباب اعتبار معرفة المضمون عنه ولو بوجه ما والحكم بالصحة فيما ذكروه كأنه يتوقف على الدليل ويشك في تناول العمومات له فليتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ الرابع المضمون له وهو مستحق الدين ولا يشترط علمه عند الضامن بل رضاه ﴾ اما عدم اشتراط معرفته والعلم به فهو خيرة الخلاف والغنية والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (جامع المقاصد) نسبته الى الاكثر لما مر في الحجة على عدم اشتراط معرفة المضمون عنه ولان الواجب اداء الحق فلا حاجة الى ما سوى ذلك ودعوى حصول الغرر لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء شدة وسهولة واختلاف الاعراض في ذلك فلا بد من المعرفة لان الضمان مع اهمالها غرر وضرر من دون ضرورة كما ترى لانه هو الذي ادخله على نفسه مع ان الاستناد الى الغرر يوجب اشتراط المعرفة بسهولة القضاء من المضمون له وحسن المعاملة وهو منفي بالاجماع كما في المختلف والمخالف الشيخ في المبسوط والمقداد في التنقيح فقالا باشتراط علم الضامن به وقد نفى عنه البأس في التذكرة لحصول المعاملة بين الضامن وبينه فافتقر الى معرفته للحاجة (قلت) ان اعتبرنا قبوله لفظا كما عليه الاكثر وأن لم يصرحوا به لمكان تصريحهم بانه عقد لازم اقتضى ذلك تمييزه كما هو صريح اللمعة وجامع المقاصد والمسالك (وقد يقال) يمكن القول بعدم اعتبار تمييزه كما هو ظاهر اطلاق الاكثر حيث اعتبروا هنا رضاه ولم يذكروا فيه قبولا مخصوصاً ولا امتيازه هنا مع اعتبار امتياز المضمون عنه وان قلنا باشتراط قبوله لا مكان أن يضمن الضامن المال الذي في ذمة المضمون عنه لمن كان له الحق والحال ان المستحق حاضر فيقبل ولا يعلم به الضامن فاعتبار قبوله انما يوجب تمييزه غالبا فتأمل واما اعتبار رضاه فهو خيرة المبسوط والوسيلة والغنية وسائر ما تأخر وقد نسب الى الاكثر في التذكرة والمفاتيح وفي (الرياض) نسبته الى الاكثر وعامة من تأخر وهو كذلك وفي (المسالك) انه المشهور وفي (التحرير) وكذا الغنية الاجماع عليه وفي (الخلاف) انه أولى محتجا بان أمير المؤمنين عليه السلام واباقتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسئل النبي صلى الله عليه وسلم عن رضا المضمون له (واجيب) بعد الغض عن السند بأنها واقعة لا عموم فيها وبان ذلك انما يدل على عدم البطلان قبل علمه وورده ونحن نقول بموجبه لانه صحيح ولكن لا يلزم الا برضا المضمون له كذا في المختلف وغيره (وقد يقال) أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يصل الا بعد وقوعه منهما ولا قائل بانه

يقع صحيحا ثم ينفسخ وان كان فضوليا لم يكن فيه دلالة للشيخ فتأمل و باحتمال وجود القرينة الدالة على رضاه لعدم ما يوفى به دينه من التركة على الظاهر مع كون الضامن مثل أمير المؤمنين عليه السلام أو أبي قتادة بمحضر من النبي صلى الله عليه وسلم وبذلك يحصل العلم برضا المضمون له ولو بالفحوى ولعله كاف في الصحة بل واللزوم وان توقف على القبول اللفظي على الاختلاف على انا قد نقول بانه قد يكون حصل رضا المضمون له في الواقعتين وعدم النقل لا يدل على العدم والتمسك باصالة العدم مشروط بعدم النص على الاشتراط وقد يقال ان رضا رسول الله صلى الله عليه وسلم كاف لانه أولى بالمؤمنين من انفسهم (واستدل) للشيخ في الكفاية بموثقة اسحق ابن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين تحضره الموت فيقول وليه عليّ دينك قال يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال ارجو ان لا يأثم وانما اثمه على الذي يحبسه (واستدل) له في الحدائق بموثقة الحسن ابن الجهم قال سئلت ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولدا رجالا ونساء وصبيانا فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لاخوتي واخواتي واناضامن لرضاهم عنك قال تكون في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قال ذلك في عنقه (قلت) فان رجع الورثة عليّ فقالوا اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما بينك و بين الله تعالى فانت في حل منها اذا كان الرجل الذي احلك يضمن رضاهم و بصحيحة حبيب الخثعمي عن ابي عبد الله عليه السلام قال قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه قال لا يأخذ الا ان يكون له وفاء قال قلت ارأيت ان وجدت من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه قال نعم وانت خبير بان ما تضمنه هذا الصحيح مخالف للقواعد والاجماع خارج عن محل النزاع لانه ما تضمن براءة ذمة المديون من مال الغريم ينقله الى ذمة الضامن ومثله الموثق الثاني في الامرين معا لكونه صريحا في حصول البراءة بمجرد ضمانه لرضاهم وبهذين حصلت المخالفة للاجماع والخروج عن محل النزاع ولهذا اطلق عليه السلام وقال ان للورثة المطالبة بالحكم الظاهر وهو اعم من وجود البينة على الضمان وعدمه والحاصل ان استدلال صاحب الحدائق بهذين غفلة والاصحاب اغفلوهما على رأي العين واما الموثق الاول فهو مطلق بالنسبة الى حصول رضا المضمون له وعدمه فليقيد بادلة المشهور القوية المعتضدة المتعاضدة جمعا بين الادلة للاجماع على تقديم النص على الظاهر والقوي على الضعيف (وحجة) المشهور بعد اجماعي التحرير والغنية الاصل بمعنى ان الاصل عدم شرعيته حتى يثبت وصحيحة عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت ومفهومه نص في المطلوب وقد روى مثله في الفقيه عن الحسن ابن محبوب عن الحسن ابن صالح الثوري عن ابي عبد الله عليه السلام ومثله في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وان كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برأ وقد لزم الضامن رده عليك والضعف منجبر بما عرفت مع التأييد بخبر احتضار عبد الله ابن الحسن فلو لم يعتبر رضا المضمون له لم يخيرهم ويبقى الكلام في حجية فعله لانه قد يكون اخذه عن ابائه عليهم السلام ولهذا جعلناه مؤيدا وقد جعله في المختلف دليلا وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق ولو مع التراضي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي قولان اشار اليهما المصنف كما ستسمع ﴿قوله﴾

وفي اشتراط قبوله احتمال فان شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الايجاب والقبول في العقود (الخامس) الحق المضمون وشرطه المالية والثبوت في الذمة وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول (متن)

﴿ وفي اشتراط قبوله احتمال ﴾ اختاره في اللمعة وهو الاقرب كما في التحرير والتذكرة والاصح كما في جامع المقاصد والاجود كما في المسالك والاقوى كما في الروضة لان الضمان عقد اجماعا كما في جامع المقاصد فلا بد فيه من القبول ولان المال المضمون له فكيف يملك شخص نقله الى ذمته بغير رضاه وقد عرفت الحال في قضية أمير المؤمنين عليه السلام (وليعلم) ان كل من قال انه عقد قال انه لازم والاحتمال الثاني العدم وفي (الايضاح) انه الاولى لانه التزام واعانة للمضمون عنه وليس هو على قواعد المعاملات ولقوله تعالى وانا به زعيم وقد وافقه على ذلك المولى الاردبيلي وليس بشيء بعد دعوى الاجماع على كونه عقدا لازما وانتقاض ما في الايضاح بالرهن كما في التذكرة والمسالك فان فائدته التوثق مع اشتراط القبول فيه فتأمل مضافا الى الاصل والاقتصار فيما خالفه من اللزوم والانتقال على المتيقن من الاجماع والنص وليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا واطلاقه مسوق لبيان حكم آخر فلا عبرة به لعدم وروده في بيان حكمه كما حرر في محله مضافا الى ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام من قوله وقبلت ضمانه وهاشيء وهوانهم في اول الباب قالوا انه عقد واختلفوا في اشتراط القبول والقائل به حكم به بالاصح والاقرب ونحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط اعتبر فيه التواصل المعهود بين الايجاب والقبول في العقود ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكونه باللفظ الماضي واللفظ العربي كما في جامع المقاصد والمسالك ووجهه ظاهر ﴿ قوله ﴾ ﴿ الخامس الحق المضمون وشرطه المالية ﴾ اجماعا معلوما ومحكيا في ظاهر الغنية وقد يظهر من غيرها وضابطه ما جاز عقد الرهن عليه كما في (اللمعة) أو أن يكون مما يصح تملكه وبيعه كما في (التذكرة) قال فلا يصح ضمان ما ليس بمال وكما لا يصح بيع المحرمات والربويات وغيرها مما تقدم فكذا لا يصح ضمانها ﴿ قوله ﴾ ﴿ والثبوت في الذمة ﴾ اجماعا كما في الغنية وغيرها كما ستسمع فلو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو عليّ لم يصح اجماعا كما في (التذكرة) وقد جوزوا ضمان أشياء كثيرة ليست ثابتة في الذمة كضمان الاعيان المضمونة والعهدة ونقصان الصنجة وغير ذلك كما ستسمع فهي اما مستثناة أو الشرط أعلي كما يأتي بيان ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار والمهر قبل الدخول ﴾ كما طفحت به عباراتهم كالخلاف والغنية وغيرهما وفي (المبسوط) نفي الخلاف وظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع والمهر بعد الدخول والاجرة بعد دخول المدة وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم والاجرة قبل انقضاء الاجارة والمهر قبل الدخول قال فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف انتهى وقول المصنف وغيره كالثمن في مدة الخيار شامل باطلاقه لما اذا كان الخيار لهما أو لاحدهما ولما اذا كان ضمانه أي الثمن قبل القبض أو بعده عن المشتري أو عن البائع لنفسه أو لعهدته أما ضمانه قبل القبض فانما يصح عن المشتري لا عن البائع أما صحته عن المشتري سواء كان الضمان لنفسه أم لعهدته فانما تكون اذا لم يكن معينا فيضمن عن المشتري للبائع الثمن الذي في ذمته فينتقل الى ذمة الضامن هذا اذا كان لنفسه واذا كان لعهدته فانه يضمن للبائع عهدة الثمن لو ظهر مستحقا

اولو لم يكن لازما لكن يؤول اليه كمال الجعالة قبل الفعل (متن)

اذا كان غير معين أيضا لأنه لايبطل البيع باستحقاقه بل يرجع الى ثمن آخر ولا كذلك لو كان معينا وظهر مستحقا فانه يبطل البيع ولو كان الضمان حينئذ لتحويز كونه معيبا صح سواء كان معينا أوغيرمعين وأما عدم صحته عن البائع قبل قبضه على تقدير ظهورالمبيع مستحقا فانه ضمان مالم يجب لانه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته فيكون كما لو ضمن مايستدينه وهذا هو المراد مما في الشرائع والتحرير من قولهما ولو كان قبل القبض لم يصح ضمانه عن البائع وأما ضمانه بعد القبض فقد يكون للبائع القابض له بأن يضمن له عهدته على تقدير ظهوره مستحقا على وجه لايستلزم بطلان البيع كما لو كان غير معين أو على تقدير ظهور عيب فيه ليرجع بارشه وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لا له نفسه فكان الضمان في أكثر الصور ضمان عهدة فقولهم كالثمن في مدة الخيار تشبيه للحق الثابت المتزلزل لا للمضمون اذ المضمون هو نفسه انما هو في صورة واحدة (وليعلم) أن ضمان العهدة يفارق ضمان الثمن نفسه من جهة الصيغة والحكم وصيغة الاول ضمنت لك عهدته ودركه فلا يفيد نقلا وصيغة الثاني أعني ضمان النفس ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد فيفيد انتقاله الى ذمة الضامن فالفرق بينهما في اللفظ والمعنى ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو لم يكن لازما لكن يؤول اليه كمال الجعالة قبل العمل ﴾ عقد الجعالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعامل فسخه قبل العمل و بعده ومن أحكامه أن العامل لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل فلو بقي منه شيء وان قل فليس له شيء بخلاف الاجارة حيث ان أجرتها موزعة على العمل بالنسبة فضمان مال الجعالة ان كان بعد تمام العمل فلا خلاف في صحته للزومه للجاعل وقد نفى عنه الريب والشبهة جماعة وان كان قبله ففي المبسوط والشرائع والتحرير ومجمع البرهان انه يصح ضمانه وكذا المختلف وان خالف في الدليل وفي (الخلاف والغنية) يصح ضمان مال الجعالة اذا فعل ما شرط الجعالة به ولعله يؤول الى ما في المبسوط كما فهمه الجماعة والا فلو أراد بعد تمام العمل كما يظهر من المختلف لما احتاج الى الاستدلال عليه بما ستسمع ووافق في التذكرة فيما اذا ضمن بعد الشروع في العمل (واحتج) عليه في المبسوط والخلاف والغنية بقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) قال في (الخلاف) وهذا نص وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وقد استدل الفقهاء بالآية الكريمة وكذا الحديث على مسائل من الجعالة والضمان مايكون هذا منها واستدل الشيخ أيضا على ماحكاه عنه في التذكرة ولم أجده في المبسوط والخلاف بأن مال الجعالة يؤول الى اللزوم اذا عمل تمام العمل والذي لايلزم انما هو العمل وأما المال فيلزم بوجوده فضمان للمال لا للعمل انتهى فتأمل واستدل عليه في المختلف بأن الحاجة ماسة اليه فجاز ضمانه كقوله ألق متاعك وعلي ضمانه ويستفاد من هذا أن الظالم اذا حبس رجلا وأراد منه مالا غرامة من غير حق كما هو عادة الحكام وقال لآخر اضمن عني هذا المال وخلصني من يد الظالم من الحبس والعقوبة أن الضمان صحيح وله الرجوع عليه بما أدي عنه وقد نبهنا على ذلك في باب الديات واستدل على ماذهب اليه في التذكرة بوجود سبب الوجوب و بانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار ومراده بسبب الوجوب الشروع في العمل المنتهي الى اللزوم لا انه العقد كما فهمه في المسالك وقد ناقشه المحقق الثاني والشهيد الثاني بانتفاء الثبوت واللزوم فيما بقي من العمل الذي لم يأت بمقابله من العمل و بالفرق بينه

ومال السبق والرماية والاقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة (متن)

و بين الثمن في مدة الخيار (قلت) هو لم يقل انه يلزم فيما بقي بل قال انه ينتهي الى اللزوم يعني بتمام العمل كما صرح به في آخر كلامه في حجة الشيخ وهذا هو المراد من التشبيه فلم يتجه الايراد والامر واضح وكلام المحقق الثاني قد يدل على انه لادليل في المسئلة غير ماحكاه عن التذكرة واختار أي المحقق الثاني عدم الصحة قبل الفعل والشهيد الثاني كأنه متردد كصاحب الكفاية ومثل ضمان مال الجعالة ضمان الدية قبل استقرار الجناية وقد حررناه في بابه وقول المصنف لم يكن لازما لكن يؤول الى اللزوم أراد به الايماء الى وجه الصحة ولذلك وقعت هذه العبارة في المبسوط والشرائع والتحرير وغيرها فلو قال ولم يكن ثابتا لكنه يؤول اليه لفاتت هذه الفائدة وخالف كلام الاصحاب فاندفع مافي جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومال السبق والرماية ﴾ كما في المبسوط والخلاف وجامع المقاصد والمسالك لقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولان الاصح انه عقد لازم كيف كان فيلزم المال فيه بالعقد فيصح ضمانه وتردد فيه في الشرائع و بنى الامر في التذكرة على انه هل هو جعالة أو اجارة فان كان اجارة صح الضمان وان كان جعالة فكضمان الجعل وقد عرفت مختاره فيه فيها وهذا كله اذا كان الضمان قبل العمل أو قبل تمامه وأما اذا كان بعد تمام العمل فلا شبهة في صحة ضمانه كما هو واضح وقد صرحوا به ﴿ قوله ﴾ ﴿ والأقرب صحة ضمان مال الكتابة وان كانت مشروطة ﴾ كما هو خيرة التذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وفي (الشرائع) لو قيل به كان حسنا والمخالف الشيخ في المبسوط حيث منع من ضمان مال الكتابة مطلقا للعبارة ولم يفرق بين المطلقة والمشروطة قال لانه لايلزم العبد في الحال لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول الى اللزوم لانه اذا أداه عتق واذا عتق خرج عن أن يكون مكاتبا فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لايكون له الامتناع من أدائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في الذمة والتزام لادائه وهو فرع لزومه للمضمون عنه فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع لازما فلهذا منعنا من صحة ضمانه وهذا لاخلاف فيه انتهى وهو مبني منه على مايختاره من عدم لزوم مال الكتابة المشروطة من قبل العبد والمشهور المعروف بين المتأخرين هو القول باللزوم فيصح ضمان مالها بل قالوا لو قلنا بالجواز فالصحة متجهة أيضا لان المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن اعتق كما في التحرير وغيره وامتنع التعجيز كما لو أدى المال بنفسه و بهذا يحصل الفرق بينه و بين الثمن في زمن الخيار فان أداء الثمن لايمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع بطريق أولى ومن هنا أشكل الجواز على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط رضا المضمون عنه فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز وموضع الخلاف كما في المسالك الكتابة المشروطة وقال لا خلاف في لزوم المطلقة (قلت) ظاهر عبارة الشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف أن محل النزاع بينهم و بين الشيخ مطلقة (مطلق خ ل) الكتابة حيث تعرض في هذه الاربعة للخلاف ولعله فهمه أي نفي الخلاف من أن مذهبه في المبسوط ان الكتابة ان كانت مطلقة فهي لازمة من الطرفين وان كانت مشروطة فهي لازمة من جهة السيد دون العبد وان كان كلامه في الخلاف قد يعطي خلاف ذلك لكن الظاهر

ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة (متن)

كما في المختلف موافقة المبسوط فكلامه في الباب منزل على كلامه في ذلك الباب فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ ويصح ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة لا المستقبلة ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وكذا الخلاف وفي (مجمع البرهان) لعله لا خلاف فيه وهو كذلك لان النفقة كالعوض عن التمكين فهي دين فيصح ضمان الماضية والحاضرة منها أما الماضية فلاستقرارها في ذمة الزوج بمضي الزمان وأما الحاضرة فلانها تجب بطلوع الفجر وتثبت في ذمته وأما المستقبلة فانها غير واجبة في الذمة فلا يصح ضمانها لان النفقة عندنا انما تجب بالعقد مع التمكين الكامل وهي أن تخلي بينه و بين نفسها قولا وفعلا لا بمجرد العقد وعدم النشوز وفرق واضح بين التمكين الكامل وعدم النشوز والتمكين الكامل ليس بحاصل في زمان لم يقع بعد وقد علل في الشرائع صحة ضمان الحاضرة والماضية باستقرارها في ذمة الزوج فأورد عليه في المسالك ان النفقة الحاضرة لا اشكال في وجوبها وثبوتها مع التمكين أما استقرارها ففيه نظر مبني على أنها لو نشزت في اثناء ذلك النهار هل تسترد أم لا وفيه خلاف وأنت خبير بأن مراده بالاستقرار الثبوت كما يرشد اليه مقابلتهما بالمستقبلة وعدم فرقهم في المقام بين المؤنة والكسوة حيث يقولون بصحة ضمانها حاضرة وماضية يقضي بأنهما من سنخ واحد وأنهما تمليك والا فلو لم يكسها مدة كانت الكسوة كالاسكان لا تكون دينا عليه على القول بالامتاع فلا يصح ضمانها وعلى القول بالتمليك تكون دينا يصح ضمانها ثم ان صاحب المسالك أطلق الخلاف من دون تفصيل بالنسبة الى الكسوة والمؤنة مع ان الناشز والميتة والميت زوجها بالنسبة الى الكسوة على القول بانها امتاع يسترد زوجها ما وجده منها قولا واحدا من القائلين بذلك ان كان هناك قائل بذلك ولم نجده لأحد من المتقدمين والاساطين نعم هو لبعض متأخري المتأخرين والمصنف في الارشاد وان كان ظاهره الامتاع لكن آخر كلامه يعطي التمليك وأما المؤنة فقد اختلفوا في استردادها في الناشزة في أثناء النهار وأما لو ماتت أو مات في أثنائه أو طلقها فالظاهر أنهم لا يختلفون في أنها لا تسترد منها نفقة النهار لو بقي منها شيء واختلفوا في نفقة الليل وكيف كان فقد قال في التحرير في الفرق بين مال الجعالة قبل العمل و بين النفقة المستقبلة اشكال (قلت) قد يمكن تجشم الفرق وقال في (المبسوط) بعد أن قال بصحة ضمان الحاضرة والماضية دون المستقبلة انما يصح ضمان نفقة المعسر لانها ثابتة على كل حال وأما الزيادة عليها الى تمام نفقة المؤسر فهي غير ثابتة لأنها تسقط باعساره وتبعه على ذلك القاضي ورده في المختلف بأن الاعتبار حينئذ بالزوج فانه ان كان مؤسرا وجبت نفقة المؤسر وان كان معسرا وجبت نفقة المعسر ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار المؤسر بعد وجوبه وانما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلة وقول الشيخ في المبسوط كأنه مذهب المخالف وتفريع على تسويغ ضمان النفقة المستقبلة وتبعه ابن البراج توهما أن ذلك فتواه (قلت) كلام المبسوط في المقام ليس فيه تعرض لاهل الخلاف أصلا لكن الباعث له على حمل كلامه على هذا الوجه البعيد جدا انه بالنسبة الى النفقة الماضية لا يكاد يعقل و بالنسبة الى الحاضرة بعيد جدا لبعد احتمال الاعسار في ذلك النهار ووجه التفريع المذكور على مذهب أهل الخلاف أن القائل بضمان المستقبلة شرط تقدير المدة وأن يكون المضمون نفقة المعسرين وان كان المضمون عنه مؤسرا أو متوسطا لانه ربما يعسر فالزائد على

والحاضرة للقريب دونهما ولو ضمن ما يستلزمه ببيع أو قرض بعده لم يصح ولا ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة ويصح ضمان ارش الجناية وان كان حيوانا (متن)

نفقة المعسر بن غير ثابت لانه يسقط بالعسر وهناك خلاف آخر لابن ادريس فانه بعد أن حكم بصحة ضمان الماضية والحاضرة دون المستقبلة قال في الموضع الذي يصح ضمانها لا يصح الا أن تكون معلومة لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب لا يصح وقضيته انها لا يصح ضمانها في الحالين الابعد ان يحكم بها الحاكم ويأتي ان شاء الله تعالى أن ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه يصح وأن الذي لا يمكن استعلامه لا يصح قولا واحدا والنفقة مما يمكن استعلامها ﴿قوله﴾ ﴿والحاضرة للقريب دونهما﴾ أي يصح ضمان النفقة الحاضرة للأب والام وان عليا والولد وان نزل ولا يصح ضمان المستقبلة والماضية كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان لان الحاضرة تجب بطلوع الفجر والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن الغرض منها البر والصلة والمواسات فتفوت بفوات الوقت و بضيافة الغير ونحو ذلك ونفقة الزوجة معاوضة فسبيلها سبيل الدين فضمان الماضي من نفقة الاقارب ضمان مالا يجب واما المستقبل منها فأولى بعدم الصحة ﴿قوله﴾ ﴿ولو ضمن ما يستلزمه ببيع او قرض بعده لم يصح﴾ هذا تفريع على الثبوت في الذمة والمراد انه لو ضمن دينا لم يجب بعد ولكنه يجب بعد ذلك بقرض او بيع أو شبههما لم يصح ولو قال لغيره مهما أعطيت فلانا فهو علي لم يصح أيضا عند علمائنا اجمع كما في التذكرة وفاعل يستلزمه راجع الى المضمون عنه فيصير المعنى لو ضمن ما يستلزمه ببيع أو قرض ﴿قوله﴾ ﴿ولا ضمان الامانة كالوديعة والمضاربة﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وقال في (التذكرة) اذا ضمن عينا لمالكها وهي في يد غيره فان كانت أمانة لم يتعد فيها الامين لم يصح الضمان كالوديعة والعارية غير المضمونة ومال الشركة والمضاربة والعين التي يدفعها الى الصانع والمال في يد الوكيل والوصي والحاكم وأمينه اذا لم يقع منهم تعد أو تفريط عند علمائنا أجمع لانها غير مضمونة العين ولا مضمونة الرد وانما يجب على الامين مجرد التخلية فاذا لم تكن مضمونة على ذي اليد لا تكون مضمونة على الضامن ولو ضمنها أن تعدى فيها لم يصح أيضا لانه ضمان ما لم يجب ولم يثبت في الذمة فيكون باطلا كما لو ضمن ما يدفعه اليه قرضا ويدل على عدم صحته في الامرين أعني ضمان الاعيان أو على تقدير تلفها زيادة على ما سمعت أن الاصل عدم الضمان فيقتصر فيه على المتيقن والمتيقن هو المال الثابت في الذمة والاعيان في الصورة الاولى لا يمكن ضمانها لانها لا تنتقل من ذمة الى أخرى وفي الصورة الثانية لم يثبت شيء في الذمة حين الضمان كما عرفته آنفا وستعرف الحال فيما علل به عدم صحة الضمان في الشرائع من قوله لانها غير مضمونة بالاصل ﴿قوله﴾ ﴿ويصح ضمان ارش الجناية وان كان حيوانا﴾ أي وان كان الارش حيوانا قال (في التذكرة) يصح ضمان ارش الجناية عند علمائنا سواء كان من النقدين أو الابل وغيرها من الحيوانات لانه مال ثابت في الذمة فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة في الذمة وقال بعض أصحاب الشافعي لا يجوز ضمان ابل الدية لانها مجهولة الصفة واللون وفيه انا نمنع بطلان ضمان هذا المجهول وان الابل الواجبة في الذمة عن النفس والاعضاء والجراحات معلومة العدد والسن وجهالة اللون وغيره من الصفات لا تضر

ومال السلم والاعيان المضمونة كالغصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال (متن)

﴿ قوله ﴾ ﴿ ومال السلم ﴾ اجماعا كما في ظاهر التذكرة والمخالف أحمد في احدى الروايتين لانه يؤدي الى استيفاء المسلم من غير المسلم اليه وهو كما ترى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاعيان المضمونة كالغصب والعارية والامانة مع التعدي على اشكال ﴾ صحة ضمان الاعيان المضمونة(المغصوبة خ ل) خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وكذا المفاتيح مطلقين هذه الكلمة بهذه العبارة ونحوها ولعلهم أرادوا اما وجوب الرد أو ضمان القيمة على تقدير التلف كما نبه عليه في المبسوط في آخر كلامه اذ لا معنى لضمان العين بدونهما ولذلك صور في التذكرة لضمانها صورتين (الاولى) أن يضمن رد أعيانها وحوزه لانه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ورده في (جامع المقاصد والمسالك) بان الثابت انما هو وجوب الرد وليس بمال وأن من خواص الضمان انتقال الحق الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لان الغاصب مخاطب بالرد ومكلف به اجماعا وانما يفيد هذا الضمان ضم ذمة الى ذمة وليس من أصولنا (الثانية) أن يضمن قيمتها على تقدير التلف وقوى صحته لان ذلك ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان ويأتي له في باب الكفالة انه يصح ضمانها وأنه لا يضمن قيمتها على تقدير التلف ورد في الكتابين بانه ليس بواقع فهو ضمان مالم يجب وان وجد سببه لان القيمة لا تجب الا بالتلف ولم يحصل وأيضا فان الثابت في ذمته هو كونها بحيث لو تلفت ثبتت قيمتها في ذمة الغاصب وهذا حكم شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتعدي في الامانة والحكم الشرعي لا يمكن نقله بالضمان وفي الاول أعني جامع المقاصد ان عدم صحة الضمان قوي وفي الثاني انه أقوى وفي الايضاح انه الاصح ولا ترجيح في شرح الارشاد لفخر الاسلام ولا الكفاية (قلت) قد يقال ان ليس من لوازم الضمان انتقال المال الثابت في الذمة أو شرائطه ولعل المراد أن الغالب انه كذلك والا لما كان ليخفى على أولئك الاجلاء العظام هذا الشيخ في المبسوط ذكر الوجهين وعلل عدم صحة الضمان بأنها غير ثابتة في الذمة وقال انما يصح ضمان الحق الثابت في الذمة ويرشد الى ذلك انه في التذكرة قال ضمان المال عندنا ناقل وفي ضمان الاعيان المضمونه والعهدة اشكال أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه وقد جوز فيما حكيناه ضمان الاعيان المغصوبة ونحوها وجوز ضمان العهدة في موضع آخر ويرشد الى ذلك أيضا اطلاقهم كما ستسمع على صحة ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع اذا كان قد قبضه وهو فرد من أفراد ضمان الاعيان المضمونة على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وصرحوا أيضا بصحة ضمان الثمن للبائع عن المشتري وان كان عينا كما ستسمع فلو لم يكن ذلك أغلبيا لما صح منهم ذلك مع تنبيههم على ماردوا به عليهم بل لا نستبعد كما قال المقدس الاردبيلي صحة ضمان الاعيان بمعنى جواز طلب العين من الضامن أو ممن هو في يده على سبيل التخيير بمعنى أن المضمون له مخير في الطلب من أيهما شاء أو نقول يجب عليهما معا رد العين وعوضها بعد التلف كما هو الشأن في الغاصبين المتعددين أونقول ان الضمان هنا ناقل بمعنى أنه يجب رد العين على الضامن بمعنى انه يختص بالمطالبة فيأخذها من الغاصب ويردها الى مالكها ان ثبت انه لابد من النقل مطلقا والا فنقول ان النقل مخصوص فيما يمكن من الاموال التي في الذمة والحاصل أنا قد نقول انه لا دليل على كون الضمان مطلقا ناقلا فان الاجماع والخبر انما هما في غير الاعيان ويشهد لذلك كلامهم في ضمان العهد (وليعلم) ان قوله في الشرائع

وضمان العهدة للبائع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وضمان عهدته إن ظهر عيب أو استحق وللمشتري عن البائع بان يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقا (متن)

لأنها غير مضمونة بالاصل في توجيه عدم صحة ضمان الامانات كما اشرنا اليه آنفا قد يعطي ان الامانة مع التعدي لا يصح ضمانها لأنها ليست مضمونة بالاصل كالمغصوب والمستام والمقبوض بالبيع الفاسد الا ان تقول ان مراده بالاصل ما يعم حالة الضمان بمعنى ان كل ما ليس بمضمون حين ارادة ضمانه لا يصح ضمانه والامانة مع التعدي مضمونة حال ضمانها لو ضمنها فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان العهدة للبايع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ﴾ قال في (المبسوط) العهدة وان كان أسما للصك فقد صار في عرف الشرع عبارة عن الثمن حتى اذا اطلق لا يعرف الا ما قلناه ونحوه ما في التحرير وحواشي الشهيد وقد حكاه بعض عن التحرير وبعض عن الحواشي ساكتين عليه وقال في (التذكرة) سمي ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البايع رده أو لما ذكره في الصحاح قال يقال في الامر عهدة بالضم أي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة أي ضعف فكأن الضامن ضمن ضعف العقد والتزام ما يحتاج اليه من عزم أو ان الضامن التزم الرجعة عند الحاجة وهذا الاخير تفسير للعهدة بمعنى الدرك لا بمعنى الثمن وكلاهما معروف ومعنى العبارة أنه يصح ضمان الثمن عن المشتري للبايع اذا كان دينا وهذا لا ريب فيه واما اذا كان عينا فهو من جملة الاعيان المضمونة ففي (جامع المقاصد) لعل تجويز ضمانه لعموم البلوى ورعاية الحاجة واطباق الناس على ضمان العهدة أنتهى ولم احد من صرح بذلك لكن الامر كذلك واطلاق التحرير يتناول ذلك ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان عهدته ان ظهر عيب أو استحق ﴾ أي يصح ضمان عهدة الثمن أي دركه على تقدير ظهور عيب فيه أو ظهور استحقاقه والمراد ضمان عهدته عن المشتري للبايع لان الارش على تقدير ظهور عيب حق ثابت حين الضمان وان كان متزلزلا لجواز الفسخ قبل التصرف والبدل واجب على تقدير الاستحقاق اذا لم يجر العقد على عينه ولا يضر كونه غير معلوم الثبوت حين الضمان للضرورة وانكشاف ثبوته بعد كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد ونحوه ما في التذكرة في موضع منها وفي (التذكرة) في موضع آخر والتحرير ومجمع البرهان والمفاتيح الاقتصار على صحة ضمانه فيما اذا ظهر مستحقا وقال في (التذكرة) ان الاقوى عدم الجواز فيما اذا خرج معيبا وتمام الكلام وتحرير المقام يأتي ان شاء الله تعالى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمشتري عن البايع بأن يضمن عنه البائع الثمن بعد قبضه متى خرج المبيع مستحقا ﴾ كما في المبسوط والخلاف والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لاطباق الناس على جوازه في جميع الأعصار كما في التذكرة وكذا مجمع البرهان وفي (المسالك) ان ظاهرهم الاتفاق عليه وقد قيد بكونه بعد القبض في اكثر الكتب المتقدمة ما عدى المبسوط والشرائع والارشاد واللمعة بل في الوسيلة والتذكرة والتحرير التصريح بانه ان كان قبض الثمن صح الضمان وان لم يكن قد قبض لم يصح وهو ايضا مراد في كلام من لم يقيد به لأنهم لا يختلفون في ان الضمان لابد فيه من ثبوت حق في ذمة المضمون عنه في نفس الامر وقت الضمان بحيث يمكن تكليف غيره به والبايع ما لم يقبض لم يتعلق بذمته حق وقد استدلوا عليه بعموم ادلة الضمان ومنها المؤمنون عند شروطهم وبالاجماع

أورد بعيب على اشكال (متن)

واستمرار الطريقة في الاعصار المؤيد بالضرورة فأنه لو لم يجوز مثله وان (١) قلنا ان ضمان الاعيان لا يصح لزم تعطيل كثير من المعاملات فانه كثيرا ما يحتاج الانسان الى معاملة اشخاص لا يعرفون ولا يوثق بكلامهم ولا بملكيتهم ولا بيدهم اذ كثيرا ما تكون عادية ويخاف عدم الظفر بهم لو خرج مستحقاً وهذا وان كان يقضي باولوية صحة ضمانه قبل قبضه كما هو ظاهر لكن تعارضه القاعدة الاخرى التي عرفتها وهي عدم صحة ضمان ما لم يجب كالابراء عما لم يجب لكن قضية ذلك ان لا يتأملوا فيما اذا رد بعيب سابق وما اذا ضمن درك ما يحدثه فليكن ذلك من هذا القبيل فتارك القيد قد يكون مخالما ولا سيما أن لحظت ما ذكرناه آنفا فليتأمل جيدا وهذا كله ان لم يجز المالك البيع أو اجازه ولم يرض بقبض البايع ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه ونحو ذلك فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك لما تقدم من العلة كما نص على ذلك جماعة كثيرون وقد يقال انه لا يصح الضمان لانه انما جوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر اسباب الفساد ممكن وعدم خلافهم في صحة هذا يشهد على ما قلناه آنفا و يأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف له ﴿قوله﴾ ﴿ اورد بعيب على اشكال﴾ ينشاء من ان الثمن انما وجب حينئذ بالفسخ فيكون ضمانه ضمان ما لم يجب ومن تقدم سبب الفسخ ودعاء الحاجة اليه كما في الايضاح وجامع المقاصد واستشكل في التذكرة بسبب تفريط البايع لان كان يمكنه الاعلام وما اعلم بالثمن فصار كأن الاستحقاق ثابت فيستحق الطلب و بسبب انه فسخ متعقب كالتقايل (قلت) وهو قوي ومجرد تفريطه لا يستلزم صحة ضمانه مضافا الى الاصل مع عدم تحققه حين ضمان العهدة وهو الاشهر كما في الكفاية وهو خيرة الشرائع والتحرير والارشاد والمسالك والكتاب ايضاً في موضعين كما يأتي وفي (جامع المقاصد) انه قريب وذكر الاحتمالين في المبسوط من دون ترجيح وقال في (الايضاح) ان الحق الصحة لان العذر الغالب أولى بالرخصة من النادر والقى متاعك في البحر وعلي ضمانه اقل وقوعا من صورة النزاع فيكون الجواز هنا أولى أنتهى وهو قوي متين أيضا بل قد يقال انه احد الفردين الثابتين حالة العقد على وجه التخيير لأنه مخير بين الرد بالعيب والمطالبة بالثمن وبين الرضا به والمطالبة بالارش فيوصف بالثبوت قبل اختياره كالفرد من الواجب المخير فانه يوصف بالوجوب قبل اختياره كما يأتي لهم مثله في ضمان الارش أنتهى وعلى تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق كما في الشرائع والا فقد يصح الفسخ بعيب لاحق كما لو وقع قبل القبض أو في الثلاثة وهذا لا يكون موجودا حالة الضمان الواقع عند البيع فيكون كالمتجدد من الاسباب لا يصح ضمانه قولا واحدا هذا وقد عرفت ان المصنف هنا استشكل في الرد بالعيب و يأتي له بعد اسطر ان الاقرب انه لا يصح و يأتي له بعد صفحة الجزم بعدم الصحة وقد حكي في جامع المقاصد ان بعض الناس حاول الفرق بان الاشكال هنا في تناول اطلاق لفظ ضمان عهدة الثمن لهذا القسم واما تناولها لما اذا ظهر مستحقاً فلا شك فيه واستشهد على ذلك بقول الشيخ في المبسوط انه اذا ضمن عهدة الثمن فخرج بعض المبيع مستحقا

(١) كذا في النسخ والظاهر زيادة ان (مصححة)

أو ارش العيب (متن)

فسخ المشتري لتبعض الصفقة طالب الضامن بالثمن كله ورده في (جامع المقاصد) بان عبارة المصنف تابى هذا الحمل قال ومع ذلك فالاشكال في وجوب الثمن على الضامن هنا انما يتأتى على تقدير اللزوم لو صرح بضمانه اذا خرج عيب ورد به والمصنف لا يقول به كما سيأتي وايضا فسيأتي هنا في كلام المصنف بعد صفحه رد كلام الشيخ هذا (قلت) هو توجيه لا بأس به في دفع التناقض من دون تقادم عهد وقوله بعده والاقرب قرينة عليه والعبارة لا تأباه عند التأمل وما ذكره لا يدفعه وقد اخذه هذا المتأول من مواضع من التذكرة والتحرير وقد فسر به في المسالك عبارة الشرائع في مواضع فمنها ماقاله في الشرائع وكذا لو فسخ بعيب سابق قال في (المسالك) أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة الى انقال وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه الى آخره ومثله المقدس الاردبيلي في مجمع البرهان حيث فسر تردد الشرائع في ارش العيب كما ستسمع على انه هو في جامع المقاصد سيعترف بمثل ذلك حيث قال يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش المبيع الى ان قال فيكون ضمانه مندرجا في ضمان عهدة الثمن وعبارة المبسوط تشهد بذلك وكم له في اشكالات الكتاب مثل ذلك فتأمل جيدا ويأتي الكلام في حال الضمان في (١) ما اذا تلف المبيع قبل قبضه وما اذا ظهر بعضه مستحقا فان هذا من سنخ المسئلة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو ارش العيب ﴾ هذا معطوف على الثمن أي يصح ضمان العهدة للمشتري بالنسبة الى ارش عيب المبيع كما هو خيرة الارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد وكذا المسالك وتردد في المبسوط والشرائع والتذكرة وجزم بالعدم في التحرير وجه الصحة ان الارش جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فيكون مبنيا على صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه أو يختص ضمان العهدة بحكم زائد كما خرج من حكم ضمان الاعيان وبذلك يفارق الثمن حيث لا يدخل على تقدير الفسخ لانه أي الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم (ووجه) العدم ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار اخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخيير بينه وبين الرد فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هنا بالثبوت قبل اختياره لزم مثله في الثمن لانه قسيمه في ذلك كما نبهنا على ذلك آنفا قال في (المسالك) والحق ثبوت الفرق بينهما فان الثمن انما وجب بالفسخ واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فائت من مال المعاوضة ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن بارتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما (قلت) قد يقال انا لا نسلم ان الارش واجب بالاصل وانما الحاصل سببه ولا يثبت الا باختياره فكان كالثمن كما أشار اليه هو في قوله ومحصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد وانما يزول بالفسخ والرجوع الى الثمن أو ان سببه وان كان حاصلا لا يثبت الا باختياره قال وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب أو علم ولم يطالب فهل تبقى ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالارش أم لا (قلت) قد يقال انه اذا لم يعلم تبقى ذمة الآخر مشغولة على التقديرين لان كان عالما بالعيب كانما له والالازم ذهاب جزء من الثمن من غير عوض وهو بعيد جدا نعم يبرئ مما زاد

(١) لفظ في غير موجود في نسختين (مصححه)

ويصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري ورداءة الجنس في الثمن والمثمن والاقرب أنه لا يصح ضمان عهدة الثمن لوخرج المبيع معيبا ورده والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به (متن)

على ارش عيبه وتظهر الفائدة فيما اذا علم ولم يطالب فانه يحتمل براءة ذمته وان كان ثابتا فيها حيث انه لم يختر المطالبة لانه انما ثبتت له المطالبة مع العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ فاذا فعل أحدهما سقطت ويحتمل عدم براءتها لثبوته بالعقد طالب أم لم يطالب فليتأمل جيدا واحتمل في مجمع البرهان أن يكون وجه تردد الشرائع أن ضمان عهدة الثمن لا يشمله الا أن يكون مقصودا ومعلوما بينهما سواء ذكر مايدل عليه بخصوصه أم لا حيث قال أي في الشرائع لان استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يصح ضمان نقصان الصنجة في الثمن للبائع وفي السلعة للمشتري ﴾ كما في التذكرة بالنظر الى آخر كلامه والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ذكره في أثناء كلامه و بيان ضمان نقصانها في الاول انه اذا جاء المشتري بصنجة و وزن بها الثمن فأتهمه البائع فيها فضمنها الضامن عن النقصان فاذا كانت الصنجة ناقصة صح الضمان لانه ضمان العهدة فيطالب الضامن بالنقصان ومنه يعلم حال ضمان نقصانها في السلعة للمشتري هذا اذا ضمن ذلك صريحا وهل يندرج تحت مطلق ضمان العهدة احتمالان والصنجة بفتح الصاد و بالسين أفصح قاله في القاموس (هذا) وألفاظ ضمان العهدة أن يقول الضامن للمشتري ضمنت لك عهدته أو ثمنه أو دركه أو خلصتك منه ولو قال ضمنت لك خلاص المبيع لم يصح لانه لم يملك المبيع ولا خلاصه الا بابتياعه لو ظهر مستحقا كما صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير وقال في (مجمع البرهان) بعد أن نقل ذلك عن التذكرة الظاهر أن المراد التمثيل والا فكل لفظ يفهم منه مايراد من ضمان العهدة يصح ذلك به للمشتري أو للبائع (قلت) ما استظهره هو الظاهر وقال في (المبسوط) فمتى أتى بواحدة من هذه الالفاظ صح الضمان لانها موضوعة له انتهى فليتأمل فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ورداءة الجنس في الثمن والمثمن ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير بعد تأمل فيه ومعناه انه لوخرج المبيع رديا من غير الجنس الذي يستحقه المشتري فرده على البائع طالب المشتري الضامن بالضرب المستحق له وكذلك الحال في الثمن و يبقى الكلام في أنه يندرج تحت مطلق ضمان العهدة أم لا الظاهر الاول لانه كما اذا ظهر مستحقا ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقرب انه لا يصح ضمان عهدة الثمن لو خرج المبيع معيبا ورده ﴾ قد تقدم الكلام فيه مسبعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ والصحة لو بان فساده بغير الاستحقاق كفوات شرط معتبر في البيع أو اقتران شرط فاسد به ﴾ يعني ان الاقرب الصحة في هذا الفرض كما هو خيرة التذكرة والمسالك والروضة والكفاية وكذا جامع المقاصد لان الثمن يجب رده على البائع وأشبه ما لو بان الفساد بالاستحقاق فكان الحق ثابتا وقت الضمان في الواقع وان لم يعلم ثبوته ظاهرا فلا يكون ضمان مالم يجب و يحتمل عدم الصحة لان هذا الضمان انما جوز للحاجة وانما تظهر الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن وان المضمون ليس ثابتا في الذمة لانه عين موجودة غايتما في الباب انه مضمون (انها مضمونة خل) على تقدير التلف فيكون كضمان الاعيان المضمونة وقد عرفت الحال فيه بل هذا اسد لانه وقت الضمان غير معلوم الثبوت لانه انما يضمن على تقدير انكشاف الثبوت ويدفع ذلك قضاء

والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته (متن)

الضرورة بذلك ومشاركته الاستحقاق في المعنى وانه كثيرا مايتعذر على المتعاقدين أو أحدهما الاطلاع على صحة العقد وفساده وقت العقد فيكون في ذلك مندوحة عن هذا الضرر وهذا اذا ضمن ذلك صريحا ولعل الظاهر اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة لمشاركته الاستحقاق في المعنى ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاقوى صحة ضمان المجهول كما في ذمته ﴾ كما في المقنعة والنهاية والكافي والكامل على ما حكي عنها والمراسم والغنية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وهو المحكي عن أبي علي وعن صاحب الرايع (١) وهو الاشهر كما في كشف الرموز والمسالك والرياض وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد والمفاتيح وعليه الفتوى كما في ايضاح النافع وعليه اجماع الطائفة كما في الغنية وروى الاصحاب جواز ذلك كما حكاه كاشف الرموز عن المبسوط ولم أجده في نسختين منه وقال في (كشف الرموز) لو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام خذ ما اشتهر بين أصحابك وقد تأمل في التذكرة وكذا التحرير في فهم ذلك من عبارة النهاية وليس في محله كما اعترف به هو في المختلف وغيره والمخالف الشيخ في الخلاف والمبسوط والقاضي والمهذب على ما حكي عنه وابن ادريس قال في (السرائر) انه الصحيح من المذهب وعند المحصلين من الاصحاب وفي (كشف الرموز) انه أشبه وقد سمعت كلامه آنفا وكأنه تأمل في التحرير في ظهور عبارة المبسوط في الخلاف وقال ان عبارة النهاية مشكلة ولم يرجح صاحب الوسيلة والمصنف في التذكرة (واحتجوا) عليه بأن الاصل الصحة ولعلهم أرادوا عموم أوفوا بالعقود و بعموم قوله تعالى (وأنا به زعيم) وأشار الى حمل البعير والاصل عدم تعيينه وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم وما رواه عطا عن الصادق عليه السلام قال قلت له جعلت فداك ان علي دينا اذا ذكرته فسد علي ما أنا فيه فقال سبحان الله أو مابلغك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقول في خطبته من ترك ضياعا فعلي ضياعه ومن ترك دينا فعلي دينه ومن ترك مالا فعلي وكفالة رسول الله صلى الله عليه وسلم ميتا ككفالته حيا وكفالته حيا ككفالته ميتا فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك ولولم يكن ضمان المجهول صحيحا لم يكن لهذا الضمان حكم ولا اعتبار اذ الباطل لا اعتبار به وامتنع من الامام عليه السلام الحكم بأن النبي صلى الله عليه وسلم كافل (قلت) و ينبغي أن يحتجوا عليه بضمان مولانا علي بن الحسين عليه السلام دين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن أسامة فانهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وكميته وقت الضمان وأنت خبير بأن محل البحث انما هو بالنسبة الى الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه وظاهر الاخبار الثلاثة انه ليس كذلك فلا تكون هذه الاخبار الا صالحة للتأييد وكذلك الكلام في الآية الشريفة فانه متى خص محل البحث بما ذكرنا لم تكن من ذلك في شيء لان الظاهر منها انما هو ضمان الجعالة فان كان محل البحث الضمان بقول مطلق تم الاستدلال بالآية الشريفة والاخبار وان خص بما ذكرنا صلحت للتأييد لا للاستدلال (واحتج الشيخ) في الخلاف بأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الغرر وضمان المجهول غرر و بعدم الدليل على صحته (وأجاب) عنه في المختلف بأنما هو في المعاوضات التي تفضي الى التنازع اما مثل الاقرار

(١) وهو ابن طاوس صاحب البشرى (منه)

فيلزمه ماتقوم البنية على ثبوته وقت الضمان لا ما يتجددولامايوجد في دفتر وكتاب اويقر به المضمون عنه أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون (متن)

والضمان فلا لان الحكم فيها معين وهو الرجوع الى المقر في الاقرار والى البينة في الضمان فلا غرر (واعترض) بأن الغرر لايزول بقيام البينة لجواز قيامها بمال يعجزعنه الضامن فلو ألزمناه لادى الى ضرره (وأجاب) جماعة كالمقداد والقطيفي بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه فكان كما لوضمن المعلوم مع عجزه عنه ولعل كلا من السؤال والجواب في غير محله اذ لعل غرضه في المختلف ان الضمان كالحوالة والرهن ونحوهما يحتمل من الغرر مالا يحتمله البيع والاجارة ونحوهما وليعلم انه انما يصح في صورة يمكن العلم به بعد ذلك كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه أما مالم يمكن فيه العلم كضمنت لك شيأ مما في ذمته فلا يصح قولا واحدا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك و به جمع بين قولي الشيخ صاحب الرائع حكاه عنه كاشف الرموز لعدم امكان العلم به لصدق الشيء على القليل والكثير واليه أشار المصنف بقوله كما في ذمته أي كضمان مافي ذمته ونحوه مافي الشرائع وغيرها وعساك تقول لم لا يصح و يلزمه أقل مايقع عليه اسم الشيء لانا نقول ليس هذا هو المضمون لا نماء ما نعيته وان كان بعض افراده والواجب هو المجهول ووجوب شيء فرع صحته ﴿ قوله ﴾ ﴿ فيلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمراسم وأ كثر ما تأخر عنها وفي (الغنية) الاجماع عليه وقيد بوقت الضمان لانه الذي في الذمة حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ لاما يتجدد ﴾ كاصرح به في التحرير والتنقيح وجامع المقاصد وهو قضية قولهم يلزمه ماتقوم به البينة وقت الضمان لعدم دخوله في الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا مايوجد في دفتر وكتاب ﴾ بلا خلاف كما في التنقيح وبه صرح في المقنعة والنهاية وغيرها لعدم ثبوته في الذمة وانما يلزم الثابت فيها خاصة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو يقر به المضمون عنه ﴾ بلا خلاف الا من أبي الصلاح وأبي المكارم فيلزمه مايقر به عندهما وادعى الثاني عليه الاجماع و يوهنه مع كونه اقرارا على الغير انحصار القائل به فيهما نعم استشكل في التنقيح والمفاتيح نعم ان كان الاقرار سابقا على الضمان لزم ضمان ماأوجبه الاقرار كما في المختلف وغيره وعبارة الغنية لاتأبى التنزيل على ذلك وقد يكون مثله ما اذا صرح في عقد الضمان بذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو يحلف عليه المالك برد اليمين من المديون ﴾ كما في الشرائع وما تأخر عنها وانما استشكل صاحب المفاتيح وفي (المقنعة) انه يلزمه ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد وقيده الشيخ في النهاية برضا الضامن قال فان حلف أي المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ونحوه ما حكي عن القاضي فلو حلف المدعي بسبب الرد من غير رضا الضامن لزمه على مقتضى قول المفيد دون قول الشيخ وفي (المختلف) ان التحقيق أن نقول ان جعلنا يمين المدعي كالبينة كان له الرجوع على الضامن سواء رضي بيمينه أولا وأن جعلناها كالاقرار افتقر الى رضا الضامن ووافقه على ذلك صاحب التنقيح وفي (جامع المقاصد) أن التحقيق أن الرضا لا أثر له انما المؤثر وقوع الرد منه قال ولعلهم ارادوا بالرضا ذلك (قلت) ولعل المفيد اراد بقوله الا أن يحلف على ما يدعيه أن المضمون له يحلف برد الضامن فتلتئم كلمة المفيد والشيخ وتقييد المصنف عدم اللزوم بحلف المضمون له بكون الرد من المديون يعطي ذلك فانه متى كان الرد من الضامن أو منه ومن المضمون عنه لزم ما يحلف عليه (واعترض في جامع المقاصد)

ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعـدم العلم بثبوته حينئذ (متن)

على المختلف بان كون اليمين المردودة كالبينة انما هي في حق راد اليمين كما أنها اذا كانت كالاقرار تكون كاقراره فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد ايضا قال في (المسالك) يمكن دفعه بان البينة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنـه أو الضامن لان الحق يثبت بها مطلقاً بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا على المقر فالبناء عليها متجه (قلت) كلامهم في باب القضاء بعضه يعطي ماقاله المحقق الثاني و بعضه يعطي ما قاله الشهيد الثاني ومما يعطي ماقاله الثاني قولهم في الثمرة انه اذا اشترى المدعي شيئاً من وكيل البايع ثم ادعى عليه فسخه بعيب سابق وانكر الوكيل العيب والفسخ ونكل عن اليمين وردها على المدعي فانه على القول بانها كالبينة يردها أي السلعة على البايع وعلى الثاني على الوكيل وقد حققنا في باب القضاء انه حكم برأسه وانه يجب أعتبار الادلة في الفروع التي فرعوها وان تلك التقريبات أشبه بالقياس وقد اسبغا الـكلام في ذلك محررا هذا وظاهر العبارة وغيرها وصريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون عنه والمضمون له قال في (التنقيح) لو لم يقم البينة بشيء من المال وانكر المضمون عنه فتوجهت عليه اليمين فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا قال الشيخ الى آخره وقال في (المسالك) ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه لان الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعـة غيره كما لا يثبت ما يقر به نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف أنتهى ونحوه مافي الروضة والرياض فظاهر المفيد كما هو صريح التنقيح أن الخصومة بين المضمون له والمضمون عنه وقد يظهر من النهاية ان الخصومة بين الثلاثة كما هو صريح جامع المقاصد والمسالك والروضة ويمكن تنزيل كلامهم جميعاً على ما اذا كانت خصومة المضمون له معهما ويبقى الـكلام في امكان الفرض مع فرض الجهل من الضامن وهو ممكن في امثلة كثيرة (منها) ما اذا اختلفوا في تشخيص ما في الذمة كأن يثبت ان له عنده مائة فيقول المضمون عنه والضامن انها مائة درهم ويقول المضمون له أنها مائة دينار وعلى هذا تلتئم الـكلمة ويرتفع الخلاف في المسئلة بين المفيد والشيخ بالتنزيل المتقدم وبينهما وبين المشهور لانهم يقولون لابد من الرد من الضامن منفردا أو مع المضمون عنه واستبعاد التأويل مع حكاية الخلاف يعارضه استبعاد وقوع الخلاف من الشيخين والتقييد برد اليمين من المـديون ليخرج ما اذا حلف مع شاهده فان حاله حال ما اذا قامت البينة

﴿قوله﴾ ﴿ ولو ضمن ما تقوم به البينة لم يصح لعدم العلم بثبوته حينئذ ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف حكما وتعليلا وكذا المبسوط والسرائر وهو المحكي عن المفيد والتقي وقضية كلامهم هذا ان العلم بالثبوت وقت الضمان شرط في صحته وهو ظاهر في غير ضمان العهدة بل يمكن فيه على نوع من التأويل ولا مانع من ان يكون ذلك شرطا عملا بالاصل الا في موضع اليقين ولانه ضمان مالم يجب كما في المختلف أي مالم يعلم وجوبه فيصير الحاصل من الجمع بين كلماتهم انه لو ضمن ما في ذمته وهو يعلم أنها مشغولة بشيء لزمه ما قامت عليه البينة وانه لو ضمن ما في ذمته وهو لا يعلم شغلها بشيء لا يصح ضمانه ولو قامت البينة بانها مشغولة بشيء معلوم فعدم صحة ضمان ما تقوم به البينة بهذه الصيغة انما هو لعدم علمه بانها مشغولة فلو قال له ان ذمتي مشغولة لزيد بمال كثير فقال له انا ضامن ما تقوم البينة به له عليك صح الضمان ولزم وقال المحقق الثاني لو قال بعدم دلالة عقد الضمان على ضمان ما في

الذمة لكان أولى وتخرج العبارة على ان المراد لعدم العلم بثبوته من صيغة الضمان وتبعه على ذلك صاحب المسالك وقال ان تعليل الشرائع وهو كتعليل الكتاب كما عرفت لا يخلو عن قصور لانه يدل على انه لو ضمن بهذه الصيغة يعني قوله انا ضامن ما تقوم به البينه ما علم ثبوته وقته أي الضمان يصح وأنه لو لم يعلم وضمن كل ما ثبت في ذمته وقت الضمان لم يصح والامر بالعكس فالصحيح في التعليل ان يقال أن هذه الصيغة اعم من أن تثبت في الذمة حين الضمان وما يتجدد بعده وانما يصح لو ثبت حينه والعام لا دلالة له على الخاص وفيه فظر من وجوه (الاول) ان كلام المحقق الثاني الذي هو الاصل في ذلك قابل للتنزيل على ما قلناه فيصير معنى كلامه لعدم دلالة عقد الضمان على ضمانه ما علم ثبوته في الذمة ويكون معنى قوله وتخرج العبارة الى آخره ان المراد لعدم دلالة الصيغة على علمه بثبوت ما قامت به البينة في الذمة واما على ما فهمه منه في المسالك يصير المعنى لعدم علمنا بدلالة الصيغة على ارادة ثبوت ما قامت به البينة في الذمة حين الضمان لا ما يتجدد وفيه من التكليف الشديد والتقدير الكثير ما لا يخفى (الثاني) وهو وارد عليهما ان ظاهر التعليل ما تقدم لما تقدم مؤيدا بالعقل وكون الامر بالعكس غير مسلم بل عكس العكس هو ما ذكره الاصحاب ولا باعث لصرف عباراتهم عن ظاهرها وتحميلها لما يتجدد (الثالث) انا نقول بناء على ما تقول أن تم ان المطلق ينصرف الى الصحيح لا غير لانه المتبادر لا ما يتجدد خصوصاً مع القرينة فتأمل جيدا هذا وقد نقل في المبسوط عن قوم أنه يصح ان يضمن ما تقوم به البينة دون ما يخرج به دفتر الحساب ثم قال ولست اعرف به نصاً وجاء العجلي مستعجلا فقال في السرائر اذا لم يعرف بصحة ضمان ما تقوم به البينة نصا من اين أورده في نهايته واطال في الكلام عليه في سوء ادب والظاهر ان ما في المبسوط غير ما في النهاية لانه في المبسوط قسم ضمان المجهول الى غير واجب كضمنت لك ما تعامل فلانا ثم قال والمجهول الذي هو واجب مثل ان يقول انا ضامن لما يقضي به القاضي على فلان أو ما تشهد لك البينة من المال عليه أو ما يكون مثبتا في دفترك وهذا لا يصح لانه مجهول وان كان واجبا في الحال وقال قوم من اصحابنا انه يصح الى آخر ما سمعته آنفا والظاهر ان مراده انه ضمن بهذه الصيغة ولم يعلم الضامن ثبوته في الذمة وأنه كان ثابتا في الواقع فبطلانه عنده لمكان الجهالة الموجبة للغرر كما مر وكلامه في النهاية نص أو ظاهر فيما عليه المفيد والمشهور من انه اذا ضمن له ما في ذمته انه يلزمه ما تقوم البينة على ثبوته وقت الضمان لانه الذي في ذمته حينئذ وهو الذي فهمه منه الجماعة وحكوه عنه كما مرّ مفصلا وانما استشكل فيه في التحرير فتكون المسألتان مختلفتين موضوعا وحكما قال في (النهاية) ولو قال أنا أضمن ما ثبت لك عليه ان لم آت به في وقت كذا ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينة للمضمون عنه الى آخره نعم لو كان في النهاية يثبت مكان ثبت كما في نسختين منها اتجه كلام ابن ادريس والعجب من المصنف في المختلف انه لم ينبه على ما ذكرنا (وأجاب) بأن عدم النص لا يقتضي عدم الدليل لعدم انحصار الدليل في النص لجواز ان يكون شيئا مستنبطا من النص أو دليلا عقليا وجاز ان يقف عليه بعد ذلك الى آخره وأنت خبير بأن النهاية متون أخبار وان تصنيف المبسوط بعدها كما نص على الامرين في خطبة المبسوط فلا يصح الجوابان الاخيران وكأن نسخته فيها يثبت مكان ثبت واذا كان كذلك لا يصح منه اختيار مذهب النهاية أولا والاستدلال عليه وقوله بعد ذلك ثلاث مسائل انه لا يصح ضمان ما تقوم به البينة حيث لا يعلم ثبوته وقت الضمان لانه ضمان ما لم يجب فتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾

ويصح الابراء من المجهول ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين (متن)

﴿ ويصح الابراء من المجهول ﴾ عندنا كما في التذكرة قال لانه اسقاط عما في الذمة بل هو أولى من ضمان المجهول لان الضمان التزام والابراء اسقاط (قلت) غرضه انه مبني على الغبن والمسامحة اذ هو اسقاط محض بلا عوض وفي (جامع المقاصد) انه لا بد من قصده الى الابراء من المجموع قليلا كان أو كثيرا فلو ظن قلته فبان كثيرا لم يقع فعلى هذا لو عرف من عليه الحق قدره عرفه صاحبه فان لم يفعل وأبرأه منه كائنا ما كان فانه يبرأ والا ففيه تردد ويرشد الى ذلك انه ذكر في التذكرة في تذنيب المسئلة انه لو اغتاب شخص غيره ثم جاء اليه وقال اني اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اغتابه فللشافعية وجهان أحدهما انه يبرأ لان هذا اسقاط محض كما لو عرف ان عبدا قطع عضوا من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفى عن القصاص صح والثاني لا يصح لان المقصود حصول رضاه والرضا بالمجهول لا يمكن والعفو عن القصاص مبني على التغليب واسقاط المظالم غير مبني عليه ولم يرجح احد القولين في التذكرة ولعل تفصيل المحقق الثاني المتقدم متجه هنا ولعلم الهدى كلام في نحو المقام وقضيته انه لا بد من بيان الحق في الجملة كأن يقول اني اغتبتك في عرضك أو نحو ذلك وهل هو محض اسقاط أو تمليك ظاهر التذكرة اجماعنا على انه اسقاط لا تمليك فلو كان له دين على اثنين فقال أبرأت احدكما فعلى قولنا بانه اسقاط يصح ويطالب بالبيان وعلى القول بأنه تمليك لا يصح كما لو كان في يد كل واحد منهما ثوب فقال ملكت احدكما الثوب الذي في يده ومنه يعلم ما اذا قال أبرأت بعض الدين الذي عليك وعلى التقديرين لا يحتاج الى القبول لانه وان كان تمليكا لكن المقصود منه الاسقاط وقد اتفق الفقهاء على بطلان الابراء عما ليس ثابتا في الذمة وانما صح في المتطبب والمتبيطر للضرورة ولهم أشكال واختلاف فيما اذا عفى عن سراية الجناية وقد بينا ذلك كله في باب القصاص وقد بينا هناك ان العفو والابراء بمعنى واحد وقد عبر عن الابراء بالتصدق في الكتاب المجيد كقوله جل اسمه (فمن تصدق فهو خير له) وعبر عن العفو بالتصدق كقوله جل شأنه (ومن تصدق فهو كفارة له) والابراء لا يقبل التعليق الا اذا كان مقوما له كما اذا قال اذا كان له عليك دين فقد أبرأتك منه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال ضمنت من واحد الى عشرة احتمل لزوم العشرة وثمانية وتسعة باعتبار الطرفين ﴾ أصل الضمان صحيح كما في التذكرة والتحرير لانا ان أبطلنا ضمان المجهول فانما هو للغرر ومع بيان الغاية ينتفي الغرر فينتفي المقتضي للفساد فيبقى أصل الصحة سالما عن المعارض لانه حيث وطن نفسه على تلك الغاية لم يبق غرر فتأمل وعلى القول بصحة ضمان المجهول فالوجه واضح وحيث قلنا بالصحة وكان عليه عشرة أو أكثر فيحتمل أن تلزمه العشرة ادخالا للطرفين كما هو المتعارف يقال أعط من واحد الى عشرة وخذ من واحد الى عشرة وان تلزمه ثمانية اخراجا للطرفين لان المشهور عند الاصوليين خروج الغاية وخروج الابتداء اذا كان مدخولا لمن وان تلزمه تسعة ادخالا للطرف الاول لانه مبدأ الالتزام أو اخراجا له لانه مقرون بمن وادخالا للطرف الثاني لان الغاية في مثل هذا تدخل عرفا أما لو قال ضمنت لك ما بين درهم وعشرة فان عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح ضمانه وكان ضامنا لثمانية وان عرف نقصانه ضمن الثمانية فما دون وأما اذا قال ما بين واحد الى عشرة كما قال عليه السلام في النزح ما بين

﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾ الضمان ناقل وان لم يرض المديون فلو ابرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن ولو أبرأ الضامن برئا معا ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الاجل ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ولو مات الاصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين (متن)

الثلاثين الى الاربعين فلا يجوز أن يراد بين الوسط فقط لانه لابد من تقدير معادل على انه لو أريد به ذلك وقلنا ان الاطراف خارجة كان الواحد خارجا قطعا والطرف الثاني ما فوق الواحد يكون خارجا لانه طرف وداخلا من حيث انه وسط وهو كما ترى فلابد من أن يراد بين الاطراف والوسط فيصير المراد ضمنت مافوق الواحد منتهيا الى العشرة فان دخلت الغاية كان المضمون تسعة والا ثمانية فتأمل ﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾ ﴿ قوله ﴾ ﴿ الضمان ناقل وان لم يرض المديون ﴾ بدليل اجماع الطائفة كما في الغنية وعند علمائنا أجمع كما في التذكرة ووافقنا من العامة ابن أبي ليلى وابن شبرمه وداود وأبو ثور وقال الشافعي والباقون هو بالخيار في مطالبة أيهما شاء وخبر ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وخبر ضمان أبي قتادة يدلان على ذلك وخبر عطاء عن الباقر عليه السلام صريح في ذلك وقد تقدم ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو أبرأه المستحق بعده لم يبرأ الضامن ﴾ لان الحق سقط عن ذمة الاصيل فلا يصادف الابراء استحقاقا فلا يكون صحيحا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أبرأ الضامن برئا معا ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة لان الضمان عندنا ناقل للدين من ذمة الاصيل الى ذمة الضامن وليس للضامن أن يرجع على المضمون عنه الا بما أداه فاذا سقط الدين عنه لم يؤد شيأ فلم يرجع بشيء فيبرئان معا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن الحال مؤجلا تأجل ﴾ هذا هو الموضع المتفق على جوازه كما في المسالك وقد تقدم بيان ذلك وأعاده ليبنى عليه حكم المطالبة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للضامن مطالبة المديون قبل الاداء ﴾ لانه اذا ضمن حالا فليس له المطالبة الى أن يؤدي فهنا أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذا مات حل ولورثته مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ﴾ قد تقدم أن الميت يحل ماعليه من الديون المؤجلة بموته وهذا من جملة أفرادها فاذا ضمن الحال مؤجلا ثم مات قبل الأجل حل ماعليه من مال الضمان وأخذ من تركته وجاز للورثة مطالبة المضمون عنه لان الدين عليه حال لان المؤجل هو الدين الذي في ذمة الضامن لا الذي في ذمته الا أن الضامن لا يستحق الرجوع الا بالاداء ولما كان موته مقتضيا لحلول دينه فاذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه ومثله مالو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل الأجل باختياره فان له مطالبة المضمون عنه كما نبه على ذلك في المبسوط والتحرير والتذكرة وصرح به كله في جامع المقاصد والمسالك والوجه في الجميع واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الاصل مؤجلا لم يكن لهم ﴾ أي لو كان الدين مؤجلا على المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر كما لا يحل المؤجل لو ضمنه الضامن حالا باذنه كما سبق وبذلك صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو مات الاصيل حينئذ خاصة حجر الحاكم من التركة بقدر الدين ﴾ لو مات المضمون عنه فلا عبرة بموته هنا من جهة الحلول وعدمه والمطالبة وعدمها اذا لم يؤد الضامن وان هناك حكم آخر وهو التحجير على الوارث بقدر

فان تلف فمن الوارث كما أن النماء له ثم إن الضامن ان تبرع لم يرجع على المديون وان أذن له في الاداء والا رجع بالأقل من الحق وما أداه وان أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء (متن)

الدين ومنعه من التصرف فيه حذرا من أن يضيع على الضامن مايؤديه بعد الحلول فيضعه الحاكم عند ثقة حتى يحل الأجل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان تلف فمن الوارث كما أن النماء له ﴾ لان المفروض أن الدين لم يستوعب التركة والا لكان النماء على حكم مال الميت عندنا وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى في باب الرهن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ثم الضامن ان تبرع لم يرجع على المديون وان أذن له في الاداء ﴾ أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة الى كون الضمان والاداء معا باذن المديون أو أحدهما أو عدم الاذن فيهما أربعة وقد نبه المصنف عليها كلها وذكر هنا قسمين ضمانه بغير اذنه وأداؤه بغير اذنه وضمانه بغير اذنه وأداؤه باذنه والحكم أن لا رجوع له عليه في القسمين عند علمائنا أجمع كما في المسالك والمفاتيح وعند علمائنا كما في التذكرة وكذا جامع المقاصد وقال في (الغنية) ولا يرجع الضامن على المضمون عنه بما ضمنه اذا ضمن بغير اذنه ثم ادعى الاجماع عليه وهو باطلاقه يتناول القسمين ونحوه في ذلك الاجماع الظاهر من نهج الحق وفي (الرياض) نفى وجود الخلاف في القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن الاول واستدل عليه في الخلاف وغيره بأنه لو كان الدين باقيا لم تبق فائدة في ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وأبي قتادة عن الميت من جهة صلوته صلى الله عليه وآله وسلم وحصول التبريد وفك الرهان مضافا الى اصالة البراءة واستدل عليه في السرائر أيضا بأنه قد قضى دين غيره بغير اذنه فلا يرجع عليه وعلى الثاني بأنه التزم وضمن متبرعا وانتقل المال الى ذمته فلا تأثير لاذنه في القضاء عنه لان ماقضاه بعد الضمان انما هو عن نفسه لاعن غيره لانه واجب عليه دونه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا رجع بالاقل من الحق وما أداه وان أبرأ ولو أبرأ من الجميع فلا رجوع وان لم يأذن له في الاداء ﴾ أي وان لم يتبرع بالضمان بل ضمن بسؤاله وأمره وتحته قسمان يندرجان في العبارة بوصلية قوله وان لم يأذن بقوله والا رجع (الاول) أن يؤدي باذنه (والثاني) أن يؤدي بغير اذنه وفيهما يرجع عليه لكنه انما يرجع بأقل الامرين من الحق المضمون وما أداه أما رجوعه في القسمين ففي الغنية والتذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه ونحوه الاجماع الظاهر من الكفاية حيث نسبه الى الاصحاب وفي (الرياض) نفى الخلاف عن القسمين وفي (السرائر) نفى الخلاف عن القسم الاول و يدل عليه مارواه المشايخ الثلاثة عن الحسين بن خالد قال قلت لأبي الحسن عليه السلام قول الناس الضامن غارم قال فقال ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال وهو ظاهر في الرجوع محمول على مااذا كان الضمان باذن المضمون عنه وما رواه الشيخ باسناده عن عمر ابن يزيد قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح ورواه الكليني عن عمر ابن يزيد في الموثق ورواه ابن ادريس في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمن عنه قال ليس له الا الذي صالح عليه وهو ظاهر في الرجوع محمول على الاذن في الضمان مضافا الى ماأرسله في السرائر حيث قال وردت به الاخبار عن الائمة الاطهار صلى الله عليهم آناء الليل وأطراف النهار وقد تأمل المولى الاردبيلي فقال الاذن في الضمان لايدل على قبول أداء العوض بشيء من الدلالات

والاصل عدمه الا أن تدل قرينة حال أو مقال على ذلك كما في لزوم الاجرة على من أمر شخصا بفعل له أجرة عادة ولهذا قال في التذكرة لو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع وكذا لو قال اعتق عبدك أو ألق متاعك في البحر عند خوف الغرق الا أن يضم اليه مايدل على قبول العوض مثل قوله عني في الاولين وعليّ ضمانه في الثالث ثم قال ولي في اللزوم مع انضمام قوله عني أيضا تأمل وان قالوه الا أن ينضم اليه قرينة ويعلم من التذكرة الاجماع على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان فتأمل انتهى وكلامه ناش عن عدم وقوفه الا على اجماع التذكرة وعدم وقوفه على الاخبار المذكورة (وليعلم) انه لا فرق في ذلك بين أن يقول المضمون عنه اضمن عني أو أنقد عني أو قال انقد أو اضمن كما هو صريح التحرير وظاهر الباقين ويأتي لهم في باب الجعالة فيمن استدعى الرد ولم يبذل أجرة مايشهد للمولى الاردبيلي وأما انه يرجع بأقل الأمرين من الحق المضمون وما أداه فهو الذي صرح به في المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وغيرها وهو المشهور كما في المختلف والمفاتيح وقال في (الكفاية) قالوا وبه وردت الاخبار عن الائمة الاطهار صلوات الله عليهم أجمعين كما في السرائر وعد من ذلك خبر عمر بن يزيد وقال ان المضمون عنه جعل الضامن كالوكيل في قضاء دينه فان لم يكن وكيلا على الحقيقة فهو كالوكيل فلا يرجع الوكيل على موكله الا بما غرمه وصالح عليه فحسب فأما ان كان زائدا على مقدار الدين فلا يلزمه بغير خلاف وان كان على مذهبنا أن المال قد انتقل الى ذمة الضامن الى آخر ماقال وفي (المسالك) الضابط انه يرجع باقل الامرين في كل موضع له الرجوع ولا فرق عندنا في رجوعه بالبعض الذي اداه بين كون الزائد سقط عنه بابراء المضمون له أو غيره خلافا لبعض العامة وظاهره الاجماع على ذلك ووجهه انه اذا كان الحق اقل فلانه هو الواجب اداؤه من غير زيادة فالزيادة تبرع واذا كان ما أداه اقل من الحق فلان الضامن أنما يرجع بعد الاداء فلا يرجع بما لم يؤده (ويؤيده) ان الضمان موضوع للارفاق والرجوع باكثر مما دفع مناف له والاصل في ذلك النصوص الناطقة بانه ليس له الا الذي صالح عليه وهي مبنية على انه اقل الامرين كما هو الغالب والظاهر من المصالحة والا فلو كان ذلك قدر الحق كان اداء للدين ولا يحتاج الى صلح والمخالف انما هو ابو علي فيما حكي عنه من انه أن صالح قبل وجوب الحكم على الضامن بالمال الذي ضمنه لم يكن له الا قيمته أو قدر ما اعطاه وان كان بعد وجوب الحكم كان له الرجوع باصل الحق والحكم في كلامه عبارة عن المطالبة والحكم عليه بوجوب الدفع وهو شاذ مخالف للأخبار والأعتبار والأصول مع عدم الدليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجماعات والاخبار بما اداه خاصة ولا اجد خلافا في أنه لو ضمن عشرة فادى خمسة وأبرأه رب المال عن الباقي لم يرجع الا بالخمسة وتسقط الخمسة الاخرى عن الاصيل وظاهر التذكرة والمسالك الاجماع عليه حيث قالا فيهما عندنا ولا في أنه لو أبرأه من الجميع فلا رجوع له بشيء اصلا ولا في أنه اذا ادى عرضا رجع باقل الامرين من قيمته ومن الحق سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد أو بصلح وقد قرب جماعة منهم المصنف في التذكرة بانه لو ادى الضامن جميع الدين ثم وهبه الدين بعد الدفع اليه كان له الرجوع عليه ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله وأن أبرأ فهو بصيغة المجهول أي أبرأه المضمون له وقوله وان لم يأذن له في الاداء متصل وصلي

ويصح ترامي الضمان ودوره واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه (متن)

لقوله والا رجع بالاقل وما بينهما من قوله ولو أبرأ من الجميع معترض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح ترامي الضمان ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح والكفاية ومجمع البرهان وفي الاخير ان الظاهر عدم الخلاف فيه عند الاصحاب وفي (المسالك) لاشبهة في جوازه ما امكن لاطلاق النص وعدم المانع لتحقق الشرط وهو ثبوت المال في ذمة المضمون وهو هنا كذلك ويرجع كل ضامن بما اداه على مضمونه لا على الاصيل اذا ضمن باذنه الى آخر ما يعتبر ثم يرجع الضامن الاول على الأصيل بالشرط ولا عبرة باذن الاصيل للثاني ومن بعده في الضمان فلا يرجع عليه به اذ لا حق عليه الا أن يقول له اضمن عنه ولك الرجوع علي فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ودوره ﴾ كما في السرائر والتحرير والمختلف والحواشي وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والكفاية وظاهر السرائر وكذا مجمع البرهان الاجماع عليه لما ذكر كأن يضمن الاصيل ضامنه أو ضامن ضامنه وأن تعدد فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان اذا كان الفرع مأذونا اما لو كان الفرع متبرعا ثم ضمنه الاصيل باذنه فانه اذا ادى الاصل رجع على ضامنه الذي تبرع بالضمان عنه والمخالف الشيخ في المبسوط محتجا باستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا و بعدم الفائدة (ورد) بان الاختلاف بالاصلية والفرعية لا يصلح المانعية والفائدة موجودة بان يضمن الحال مؤجلا و بالعكس وبانه لو وجد المضمون له الاصيل الذي صار ضامنا معسرا فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد عرفت الحال فيما اذا ضمن الفرع متبرعا ﴿ قوله ﴾ ﴿ واشتراط الاداء من مال بعينه فان تلف بغير تفريط ففي بطلان الضمان اشكال ومع عدمه يتعلق به تعلق الدين بالرهن لا الارش بالجاني فيرجع على الضامن وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه ﴾ هذا الفرع من متفردات الكتاب والتذكرة اما صحه اشتراط الاداء من مال بعينه من الضامن والمضمون له فلعموم قوله صلى الله عليه وسلم المؤمنين عند شروطهم ولتفاوت الاعراض في اعيان الاموال وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد ولا بد من ان يكون المال المشترط للاداء منه ملكا للضامن ليكون الشرط مقدورا (وقد يقال) انه لا بد من ان يكون غير متبرع بالضمان والا لم يتوجه الاشكال وفيه نظر ومنشأ الاشكال في البطلان فيما اذا تلف بغير تفريط الضامن من ان الاداء انما يجب من ذلك المال بالشرط وقد تعذر ولا سبيل الى سقوط الدين فيتعين بطلان الضمان لانحصار الاقسام في ثلاثة وقد بطل الأولان ومن ان الضمان ناقل ولا منافاة بين ثبوته في الذمة واشتراط الاداء من مال بعينه كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد وهو يرجع الى ما في الايضاح من انه ينشأ من ان تعلقه بالمال هل هو كتعلق الرهن لانه نقل المال من ذمة الى ذمة او كتعلق الجناية برقبة العبد لانه انما يجب الاداء من هذا المال لصحة الشرط وقد فات وقد قويا عدم البطلان وستسمع كلام الشهيد وقرب في التذكرة البطلان وكيف كان ينبغي أن يكون ذلك المال المشترط بقدر الدين فصاعدا فلو نقص تطرق احتمال عدم لزوم مازاد عنه من الدين واحترز بتلفه بغير تفريط عما اذا فرط فانه حينئذ يلزمه الدين المتعلق به بتفريطه ولما كان مبنى الاشكال على ماذكره في الايضاح من ان وجه الصحة

وكذا لو ضمن مطلقا ومات معسرا على اشكال (متن)

ان تعلقه كتعلق الرهن ووجه البطلان انه كتعلق الارش كان الشق الاول هو الصحة و به تشعر عبارة الكتاب والشق الثاني البطلان فقال المصنف ومع عدمه أي عدم البطلان وهو الصحة يتعلق به تعلق الدين بالرهن ومعناه انا لو قلنا بالاول وهو عدم البطلان بعد فرض تلفه يلزمنا أن نقول انه حين الاشتراط كان تعلقه به تعلق الدين بالرهن فيرجع المضمون له على الضامن وليس كتعلق الارش فكان معنى العبارة منتظما احسن انتظام وقال أي المصنف وعلى الثاني أي على القول بالبطلان يرجع على المضمون عنه لان الاداء انما يجب من ذلك المال عملا بالشرط وقد تعذر ولم يسقط الدين فتعين بطلان الضمان و يرجع الحق كما كان وعلى هذا التوجيه الظاهر من العبارة يندفع عنها جميع ما اورده عليها من المفاسد المحقق الثاني في جامع المقاصد قال في قوله ومع عدمه المتبادر عود الضمير في عدمه الى البطلان لقربه لكن الحكم بكون تعلق الدين به كتعلقه بالرهن بعد فرض تلفه غير منتظم مع ان فيه فسادا آخر وهو انه على تقدير عدم البطلان كيف يتصور الرجوع على المضمون عنه على تقدير كون التعلق كتعلق الارش (قلت) ما كنا لنؤثر ان يقع مثله من مثله لانك قد عرفت انتظام المعنى والعبارة وقد عرفت أن الرجوع على المضمون عنه انما هو على تقدير البطلان وهو الشق الثاني ثم قال أن اصح الاحتمالين انه كتعلق الدين لان الدين موضعه الذمة والارش ليس دينا وقال وعلى هذا لا يكون للاشكال وجه بل الوجه الجزم بالعدم وانت خبير بان المصنف انما استشكل من جهة الشرط الذي دل على صحته عموم الخبر وتفاوت اغراض الناس فقام احتمال أن التعلق كتعلق الارش ولذلك قرب في التذكرة البطلان والشهيد في حواشيه قال ان منشأ الاشكال الشك في تعلق الضمان بذلك المال في ذمته وكأنه يريد انه نقل ما في ذمة المضمون عنه بعوض لم يسلم للمضمون له والمفروض أن الضمان باذنه ثم انه في جامع المقاصد فسر قوله وعلى الثاني يرجع على المضمون عنه بانه على تقدير الصحة وكون التعلق كتعلق الارش برقبة الجاني (واعترضه) بانه على هذا التقدير يجب أن لا يبقى في ذمة المضمون عنه شيء فكيف يعود الى الذمة بالتلف (قلت) انت قد عرفت ان المراد بالثاني الشق الثاني من الاشكال وهو البطلان فلا يبقى للاعتراض وجه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو ضمن مطلقاً ومات معسرا على اشكال ﴾ ومثل ذلك قال في (التذكرة) وكذا ولده في الايضاح حيث لم يرجح ومعناه انه يرجع المضمون له على المضمون عنه لو ضمن الضامن الدين مطلقاً أي لم يشترط الاداء من مال بعينه ثم مات معسرا وجعل منشاء الاشكال في جامع المقاصد من انه لو لا ذلك لضاع الدين ومن انتقال المال بالضمان الى ذمة الضامن و براءة المضمون عنه فلا يعود (ورده) بانا نمنع من أن المال ضايع بذلك بل هو باق وان تعذر الاخذ في الدنيا ولو سلم فلا نسلم امتناع ضياع المال اذ لو مات المديون معسرا ضاع الدين ثم قال والحق ان لا وجه لهذا الاشكال عندنا نعم على القول بأن الضمان ليس ناقلا فيرجع على المضمون عنه لكن لا يجيء الاشكال على هذا التقدير أيضاً (قلت) كلامه متجه فيما اذا ضمن تبرعا واما اذا ضمن باذنه فلا يكون احد وجهي الاشكال لزوم ضياع المال بل يكون منشاء الاشكال من ان ضمان الضامن بمنزلة الاداء أو بمنزلة التحمل عنه كما في حواشي الشهيد أو يكون منشاؤه من انتقال المال الى ذمة الضامن ومن انه تمليك ما في ذمة المضمون عنه بعوض في ذمته ولم يسلم كما في الايضاح

ولو بيع متعلق الضمان بأقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما أدى ويحتمل بالثمن خاصة لأنه الذى قضاه وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب كما أنه يغرمه ان غرم على اشكال وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع (متن)

وكان الاولى التعبير بغير التمليك وان اراد الضامن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو بيع متعلق الضمان باقل من قيمته لعدم الراغب رجع الضامن بتمام القيمة لانه يرجع بما ادى ويحتمل بالثمن خاصة لانه الذي قضاه ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة (وتصوير المسئلة) أن نفرض أن الحق مائة وقيمة المال المشروط في عقد الضمان الاداء منه باعتبار الزمان والمكان مائة ولكنه بيع بتسعين لعدم الراغب وقد صالح الضامن المضمون له بهذه التسعين عن المائة المضمونة كما نبه عليه الشهيد فهل يرجع الضامن على المضمون عنه بالمائة التي هي قيمة المتعلق أو بالتسعين التي بيع بها خاصة وقد استجوده الشهيد الثاني وقال المحقق الثاني أن الحق بطلان الاول اصلا لكنه فرض المسئلة فيما اذا لم يصالح عن التسعين بالمائة ورده من وجهين (الاول) انه انما يرجع بما ادى اذا كان قدر الدين أو اقل وليس كذلك هنا (الثاني) انما نمنع انه ادى المال أو قيمته وانما ادى ما بيع به أنتهى فتأمل ثم قال ولو فرض ذلك فيما اذا كان الدين بقدر القيمة فصالح بالقدر الذي بيع به عن ذلك الدين لامكن تخيل هذا الاحتمال تخيلا ضعيفا وأشار بذلك الى ما حكيناه عن الشهيد والتصحيح أولى من الابطال أصلا هذا وقد تقدم أن الزمان والمكان انما هما باعتبار الطالب ولا تغفل عما تقدم من أنه لو نقص تطرق احتمال عدم لزوم الزائد من الدين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللضامن مطالبة الاصيل ان طولب كما أنه يغرمه ان غرم على اشكال ﴾ يريد أن المضمون له اذا طالب الضامن فهل للضامن مطالبة المضمون عنه اذا ضمن باذنه اشكال عند المصنف هنا من أنه كما ثبت له استحقاق التغريم اذا غرم فله استحقاق المطالبة اذا طولب ومن أن المطالبة فرع استحقاق المال وهو انما يستحق بعد الاداء لان المال في ذمة الضامن ولا شيء في ذمة المضمون عنه لكنه بالاداء يحدث الاستحقاق وهو خيرة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد والاول خيرة التحرير وكذا المبسوط لانه جوز له المطالبة وان لم يطالبه المضمون له فبالاولى أن يجوزها هنا هذا وقوله على اشكال متعلق بمطالبة وقوله كما أنه يغرمه اذا غرم معترض بينهما وهو دليل أحد طرفي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له المطالبة بالتخليص قبل المطالبة ﴾ معناه أنه ليس للضامن مطالبة المضمون عنه بالمال المضمون بأن يدفعه اليه ليدفعه الى المضمون له أو يدفعه الاصيل الى المضمون له وهو المراد بالتخليص وهو خيرة القاضي والمختلف وجامع المقاصد مصرحا في الاخير بلفظ القطع الجاري مجرى الاجماع وخيرة المبسوط كما عرفت آنفا ان له ذلك ولم يرجح في التذكرة (قلت) اذا قلنا أن ليس له مطالبته فلا ريب أن له أن يقول للمضمون له اما أن تطالبني أو تبرأني وذكر التخليص في هذه دون تلك لا لأنه مختص بهذه بل هو جار في تلك لانك قد عرفت معناه وقد عبر به في المبسوط في المسئلتين ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن أدى دين غيره من غير ضمان ولا اذن لم يرجع ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والتحرير وفي الاخير وان كان من نيته الرجوع لانه متبرع بفعله وهذا يأخذونه في أبواب الفقه مسلما وما نسبوا الخلاف في ذلك الا لمالك فانه

وان أداه باذنه بشرط الرجوع رجع ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع ان قال أدّ ديني أو ما عليّ بخلاف أدّ ما عليّ من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه أذن له في الاداء لا الصلح (متن)

جوز الرجوع الا اذا أدى العدوّ دين عدوّه حذرا من التسلط عليه بالمطالبة وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه بخلاف ما لو أحر طعامه المضطر فانه يرجع عليه وان لم يأذن المضطر لانه ليس متبرعا بذلك لانه واجب عليه (قلت) يبقى عليهما سؤال الفرق بين ما اذا القى متاع نفسه في البحر لتخليص غيره من الغرق وهو غير خائف على نفسه كأن كان في سفينة أخرى لا خوف عليها فانهم قالوا في باب الديات لا رجوع له على احد واقصى مافرقوا به هناك ان المطعم مخلص لامحاله وملقي المتاع غير دافع لخطر الغرق لانه يحتمل ان يغرق حينئذ وان لا يغرق وقد اوردنا عليهم هناك ما اذا قطع بنجاتهم وقلنا لعلهم يلتزمون او يفرقون بالمباشرة في المضطر وعدمها في اصحاب السفينة وتمام الكلام قد استوفيناه هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اداه باذنه بشرط الرجوع رجع ﴾ كما في التذكرة وقال في (التحرير) فان اداه باذنه مع نية الرجوع فانه يرجع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يشترط الرجوع احتمل عدمه اذ ليس من ضرورة الاداء الرجوع وثبوته للعادة ﴾ ومثل ذلك قال في التذكرة وأيد الاول في جامع المقاصد بأن الاذن في الاداء أعم من اشتراط الرجوع والعام لا يدل على الفرد المعين باحدى الدلالات الثلاث (ثم قال) ان الحق ان العادة ان كانت مضبوطة في أن من أذن في الاداء يريد به الرجوع ويكتفي بالاذن مطلقا استحق الرجوع والا فلا (قلت) قد يفرق بين ما اذا ابتدأه بالسؤال كأن يقول له أدّ عني ديني وبين أن يقول له أتحب أن أقضي عنك دينك ونحو ذلك ولعل العادة قاضية بالفرق بين هذين وفي (التحرير) انه اذا أداه باذنه فالوجه انه يرجع مع عدم نية الرجوع ولعل قضيته أن الاذن في الاداء يقضي بالرجوع مالم ينو القاضي التبرع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح المأذون في الاداء بشرط الرجوع على غير جنس الدين احتمل الرجوع الى أن قال أدّ ديني أو ما عليّ بخلاف أدّ ما على من الدراهم ان علق بالاداء وعدمه لانه أذن له في الاداء لا الصلح ﴾ أي لو صالح المأذون له في أداء دين الآذن المشروط له الرجوع رب الدين على غير جنسه فهناك ثلاثة وجوه (أحدها) ان له الرجوع لان مقصوده براءة ذمته وقد حصل والخصوصيات لا اعتبار بها وذلك اذا كان قد قال له أدّ ديني أو ماعليّ ولهذا لو حلف أن يؤدي دين شخص برأ بتخليص ذمته بالصلح عنه لانه هو الذي يقضي به العرف والحاصل ان هذا الصلح قد تضمن شيئين احدهما أداء غير الجنس والثاني براءة ذمته والاذن شامل لهما أما الاول فلان دفع غير الجنس عن الدين يصدق عليه انه أداء ولهذا يحاسب بقيمته وقت الدفع وان كان مثليا من غير احتياج الى عقد معاوضة فكان عرفيا وشرعيا وأما الثاني فظاهر وقد استوجه هذا الوجه في التحرير وجامع المقاصد وقواه في الايضاح لكن في الاول والاخير انه يرجع بأقل الامرين ولعله مراد الثاني والكتاب وغيره وقال في (التذكرة) ان الرجوع أصح وجوه الشافعية وستسمع عبارة التحرير (الثاني) الفرق بين أن يقتصر على قوله أدّ ديني أو ما عليّ فيرجع وبين أن يقول أدّ ماعليّ من الدراهم

ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجع بالتسعين وكذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالازيد رجع بالدين ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل او العيب السابق او تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالاقرب مطالبة الضامن (متن)

اذا علق الجار بالاداء فيصير التقدير أدّ من الدراهم ما علي منها فلا يرجع لانه خالف الاذن واذا خالف الاذن لم يرجع بل هو متبرع وظاهر الكتاب وغيره الجزم به والا فان علق بكائن أو ثابت ان جعلت ماموصولة أو علق بمحذوف على انه مع مجروره حال أو وصف لما كان الحكم فيه كالحكم فيما لو قال أدّ ما علي لان الاداء المأمور به مطلق على هذه الوجوه الثلاثة وقد جعله في الايضاح تحقيقا ولعله ليس من التحقيق في شيء كما ستسمع (الثالث) أن ليس له الرجوع اذا قال أدّ ماعليّ لانه انما أذن له في الاداء دون المصالحة والاداء غير الصلح وغير مستلزم له فلا يستلزم الاذن فيه ومعنى الأداء رد مثله جنسا وقدرا لامتناع الحقيقة لان الذي عليه أمر كلي فيصار الى أقرب المجازات (وفيه) أنا نمنع ان هذا أقرب المجازات لان ارادة براءة الذمة بهذا اللفظ أشيع في الاستعمال بل قد يدعى كونه حقيقة عرفية في ذلك كما في جامع المقاصد مضافا الى مامر والمفروض انه مشروط له الرجوع فكان هذا الوجه ضعيفا جدا ويرشد اليه الاجماع الذي في التذكرة على الرجوع مع الاذن في مجرد الضمان الا أن تقول بالفرق بين الاذن في الضمان والاذن في الاداء وفيه تأمل واضح وقد ذكر في التذكرة الاحتمالات الثلاثة من دون ترجيح وقال في (التحرير) ولو أذن لغيره في قضاء دينه فصالح المأذون على غير جنس الحق فالوجه رجوعه بأقل الامرين فأطلق ولم يفرق بين ذينك اللفظين المذكورين في الاحتمال الثاني وقد جعلناه احتمالا تبعا للتذكرة التي هي الاصل في ذلك والا فظاهر المصنف وغيره الجزم بعدم الرجوع ان علق الجار بالاداء وفيه على بعده وعدم تبادره من هذه اللفظة أنه لا يفيد قاعدة وانما يحكم به مع العلم بالمراد ومع التنازع يرجع فيه الى أمور أخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صولح الضامن عن مائة بما يساوي تسعين رجع بالتسعين ﴾ كما اذا صالحه المضمون له مراعاة له عن مائة درهم بعبد يساوي تسعين فانه يرجع بالتسعين لانه لم يغرم سواها ولموثقة عمر ابن يزيد عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه وقد سمعت حال الخبر فيما غبر ومثله الخبر الآخر والمستفاد منهما انه لا يجب على المضمون عنه أن يؤدي الى الضامن أكثر مما دفعه الى المضمون له وقد نفى عنه الخلاف ويعضده الاصل وعدم دليل على الزائد لاختصاص الفتاوى والاجماعات التي هي العمدة في الباب بما أداه خاصة وخلاف الاسكافي لا يلتفت اليه كما تقدم بيان ذلك كله ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو صولح بحط قدر أو نقص صفة ولو صالح بالأزيد رجع بالدين ﴾ لا فرق بين أن يدفع الاقل في القدر والوصف فلو ضمن ألفا صحيحة فدفع ألفا مكسرة ارفاقا به من المضمون له لم يكن له الرجوع بالمكسرة ولا بالصحيحة وانما يرجع بما غرم وبالاقل منه ومن المال ولو انعكس الفرض فضمن ألفا مكسرة فأدى ألفا صحيحة لم يكن له الرجوع بالصحيحة ولا يخفى النكتة في بناء الاولين للمجهول والثالث للمعلوم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويرجع على ضامن عهدة الثمن في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس لا ما يتجدد له الفسخ بالتقايل أو العيب السابق أو تلفه قبل قبضه بل يرجع على البائع ولو طالب بالارش فالاقرب مطالبة الضامن ﴾

ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر (متن)

هذا كله قد تقدم الكلام فيه مستوفى ما عدا حكم تلفه قبل قبضه فمما صرح فيه بأنه يرجع فيه المضمون له على البائع المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه أشهر (قلت) لم نجد فيه مخالفا ولعله أشار بالاشهر الى مافي التذكرة من قوله ولو تلف المبيع قبل القبض بعد قبض الثمن انفسخ العقد فيطالب الضامن بالثمن ان قلنا ان البيع ينفسخ من أصله وهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق وان قلنا ينفسخ من حينه فكالرد بالعيب وقد أراد بقوله بغير الاستحقاق ظهور الفساد من أصله بسبب فقد شرط من شروط صحته وبقوله فكالرد بالعيب ان فيه اشكالا لانه استشكل فيه من قبل هذا بلا فاصلة وفرع هذا عليه وهذا البناء مخالف لما عليه الاصحاب لانهم من غير خلاف بينهم على انه ينفسخ من حينه فيقدر دخوله في ملك البائع قبل التلف آنا ما ويكون التلف كاشفا عنه وعلى أن النماء في البين للمشتري وانما حكى احتمال الفسخ من أصله المصنف في التذكرة وجها وعليه يكون النماء للبائع وقال في (المسالك) واعلم أن في التذكرة بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يبطل العقد من حينه أومن أصله فعلى الاول لا يتناوله الضمان وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن وتبعه على هذه الحكاية صاحب الكفاية وانت خبير بأنه في التذكرة ما قال بأنه لا يتناوله الضمان على تقدير البطلان من حينه وانما استشكل كما عرفت الا أن نقول انهما ارادا انه جوزه وانه لبعيد عن كلامهما أو انهما أرادا ماقواه في أول الباب وهذا أيضاً لاوجه له مع تفريع ما نحن فيه على العيب الذي استشكل فيه ثم انه في المسالك ناقش ما في التذكرة قال انا وان حكمنا بكونه مبطلاً من أصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا وفي نفس الامر فلا يتناول الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبائع مطلقا وانما التلف الطاري كان سبباً في حكم الله تعالى لعود الملك لصاحبه من أصله (قلت) هذا خلاف الاصحاب بناء على احتمال الفسخ من أصله فاعتراض مولانا المقدس الاردبيلي عليه في محله حيث قال الحكم بالبطلان من أصله وكونه ملكاً للمشترى من حين العقد الى زمن التلف مما لا يجتمعان لان معنى كونه ملكا له الى الآن ان آثار الملكية مترتبة عليه وان النماء له ومعنى البطلان من أصله عدم ترتب تلك الآثار عليه قال والذي نفهمه انه اذا قيل انه يبطل من أصله انما يكون ذلك بأن تكون صحة البيع غير معلومة بل تكون معلقة بالبقاء الى حين القبض فكان البقاء الى القبض شرطاً من شروط الصحة وعدمه مانعاً أو ان ذلك يكشف عن ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسخ لاستحقاق بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق وعلى البائع بالآخر ﴾ أما رجوعه على الضامن بما قابل المستحق فمما لا خلاف فيه واما أنه يرجع على البائع خاصة بالآخر فقد يظهر من التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا وهو المشهور كما في الكفاية وهو خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك لعدم تناول الضمان له والمخالف الشيخ في المبسوط فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب (قلت) وهذا يلزم صاحب الايضاح لانه جوز الرجوع على الضامن في الرد بعيب سابق وقد قربه في جامع المقاصد هناك فيلزمه هنا وينبغي أن يستشكل هنا في التذكرة كما استشكل هناك لكنه في المبسوط هناك

ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ولو باع أو أقرض بشرط رهن عين أو مطلقا فضمن تسليم الرهن لم يصح لان الاصيل لا يلزمه ذلك ولو ضمن درك ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لانه ضمان ما لم يجب وفي ضمان البائع ذلك اشكال (متن)

ذكر الاحتمالين من دون ترجيح وقال هنا أن الصحيح ان له الرجوع الا أن يفرقوا بين الامرين والظاهر أنهما من واد واحد لانجد بينهما فرقاً فان تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان موجوداً وقت البيع والمصنف في المختلف رد كلام الشيخ بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر فتأمل وينبغي ملاحظة ماتقدم في الرد بالعيب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أخذ بالشفعة رجع على الشفيع دون الضامن والبائع ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الشفيع انما يأخذ من المشتري فيرجع عليه لا على البائع لان الثمن الذى تسلمه أخذه بحق ولم يبطل البيع فيه ولا على الضامن لان الذي ضمن عهدته هو الثمن المدفوع للبائع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو باع أو أقرض بشرط رهن أو عين مطلقا فضمن تسليم الرهن لم يصح لان الاصيل لا يلزمه ذلك ﴾ أي لا يلزمه تسليم الرهن بناء على ان الشرط في العقد اللازم لا يجب الوفاء به لانه يقلب اللازم جائزا (قلت) قد تقدم أنه يلزم ويجب الوفاء به سلمنا لكن الجائز الثابت يصح ضمانه كالثمن في زمن الخيار فالحق في التوجيه كما في جامع المقاصد انه لا يستحق العين وانما يستحق الاستيثاق بها وذلك ليس بمال فيصح ضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن درك مايحدثه المشتري من بناء أو غرس لم يصح لانه ضمان مالم يجب ﴾ كما في المبسوط على ما حكي وستسمع ماوجدناه والشرائع والتحرير والمسالك لانه حين الضمان لم يكن مستحقاً للارش على البائع وانما استحقه بعد القلع ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان وهو كون الارض مستحقه للغير ومن ثم قال في اللمعة ان الاقوى جوازه وكأنه مال اليه أو قال به في الروضة واحتمله في التحرير على ضعف وهو غير بعيد لما ذكر ولمسيس الحاجة اليه وقضاء الضرورة به مضافاً الى ماسيأتي ولم يرجح في التذكرة والمراد بدرك ذلك تفاوت مابين قيمته ثابتاً ومقلوعاً لو ظهرت الارض مستحقه وقلع المالك غرسه وخرب بنيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي ضمان البائع ذلك أشكال ﴾ اذا قلع المالك غرس المشترى وبناءه في الصورة المذكورة فلا ريب أن له الرجوع على البائع بالارش ضمن ام لم يضمن فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصح الضمان استشكل المصنف هنا وجزم في المبسوط بعدم الصحة لأنه ضمان مجهول وضمان مالم يجب ونحوه مافي التحرير والايضاح والمسالك والروضه من أن الاقوى عدم الصحة وقرب في التذكرة الصحة وقال نعم كون المضمون غير واجب وفي (الشرائع) ان الوجه الجواز أي الصحة قال لانه لازم بنفس العقد ولعله أراد أنه اذا كان لازماً له وان لم يضمن كان ضمانه تأكيدا (وفيه) أنه اذا صح ضمان البائع لاجتماع شرائط الضمان صح ضمان غيره وان لم يصح ضمانه لا يصح ضمان غيره فما الوجه في تجويزه هذا ومنعه ذاك وضعفه في المسالك والروضة بانه لايلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان وهو معنى ماقلناه وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته وقد بالغ في المبسوط حيث قال فان شرطا ذلك في نفس البيع بطل

ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال (متن)

البيع ولعله لمكان الجهالة قال وكذا لو شرطاه في مدة الخيارة لا بعد انقضائه وهو بناء على قوله بعدم انتقال الملك قبل الخيار وكيف كان فليس الخلاف في ثبوت ذلك على البائع أم لا فانه ثابت بغير أشكال كما في المسالك وأنما الاشكال في ثبوته بسبب الضمان وقد جعل منشأ الاشكال في الايضاح وحواشي الشهيد عن دعاء الضرورة اليه كألق متاعك وعلي ضمانه ومن أنه ضمان مالم يجب ولم يوجد سببه وأنت خبير بأنه لاضرورة في المقام لمكان الالتزام وانما يتصور ذلك في الاجنبي وفي (جامع المقاصد) ان الاشكال ان كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له لان ذلك واجب وان كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكدا فلا وجه له أيضاً لانه ضمان مالم يجب بعد (قلت) لكنهم يقولون قد وجد سببه وهو العقد ودعت الضرورة اليه ويمنعون كون المضمون غير واجب كما مر عن التذكرة وقد عرفت مختارها ومختار السرائر وما خالفهما فيه أتى فيه بلفظ الاقوى ما عدى المبسوط وقد عرفت الثمرة فالاشكال لعله في محله وكيف كان فالمسئلة غير محررة ولعل مثله ما اذا ضمن البائع درك العيب (وليعلم) أن الشيخ في المبسوط انما تعرض لهذا الفرع خاصة قال اذا ضمن البائع للمشتري قيمة ما يحدثه في الارض التي اشتراها من بناء وغرس بالغة ما بلغت لم يصح ذلك لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وكلاهما باطلان ولعله أراد بالقيمة الارش ولعلهم لمكان التلازم بين المسئلتين كما أشرنا اليه آنفا حكوا عنه عدم الصحة في الاولى أو ان في النسخة التي عندنا سقطا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن اثنان طولب السابق ومع الاقتران اشكال ﴾ ضمان الاثنين اما أن يقع على التعاقب أو دفعة فان وقع على التعاقب فمن رضي المضمون له أولا بضمانه انتقل المال الى ذمته و بطل ضمان الآخر سواء كان هو السابق أو اللاحق كأن يقول رضيت بضمان زيد السابق دون عمرو اللاحق أو بالعكس أو يقول رضيت بضمان زيد السابق ورضيت بضمان عمرو اللاحق أو بالعكس وأما اذا رضي بضمان كل واحد منهما دفعة كأن يقول رضيت بضمان كل واحد منكما انتقل المال الى ذمة الاول لانه اذا رضي بضمان كل واحد منهما فقد رضي بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل وأما اذا وقع ضمان الاثنين دفعة فان وقع رضى المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب كأن يقول رضيت بضمان زيد ورضيت بضمان عمرو صح ضمان من رضى بضمانه أولا لانتقال المال بالضمان و رضى المالك الى ذمته فلا يصادف الضمان الثاني ذمة مشغولة فيبطل وان وقع الرضا منه دفعة فهناك ثلاثة أقوال وأشكال (الاول) قول أبي علي وهو صحة الضمان فيطالب كل واحد بقسطه لا بالجميع فان كانا اثنين طالب كل واحد منهما بنصف المال ولو زاد وافيا لحصته بعد اعتبار العدد (وفيه) انه خلاف ما أراده الضامنان واقتضاء العقدان فيبطلان الا أن تقول الاصل صحة الضمان ولا أولوية وانتقال المجموع الى كل من الذمتين ممتنع فوجب أن تقول انه انتقل الى كل واحد منهما ما يقتضيه التحاص وهو كما ترى لا يجمع بين مقتضى العقدين (الثاني) التخيير في مطالبة من شاء منهما ومطالبتهما معا ويسمى ضمان الاشتراك والانفراد معا وقد حرموا به في باب الديات فيما اذا قال ألق متاعك وعلى كل واحد منا ضمانه أو قال اني وكل من الركبان ضامن وهو قول ابن حمزة في المقام قال في (الوسيلة) و ينقسم الضمان قسمين آخرين ضمان انفراد وضمان اشتراك فضمان الانفراد ضمان جماعة

ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الاصالة والفرعية فيهما ان أجازهما ويتساقطان (متن)

عن واحد ويكون للمضمون له الخيار في مطالبة المال من أيهم شاء على الانفراد وعلى الاجتماع وضمان الاشتراك بالعكس من ذلك ولعل حجته التمسك بصحة العقدين فانها الاصل ونقل الفخر والشهيد عن المصنف في درسه المبارك الميمون توجيهه بأن مثله واقع في العبادات كالواجب على الكفاية وفي الاموال كالغاصب من الغاصب ونظر فيه في جامع المقاصد بأن العقدين المتنافيين يمتنع التمسك بصحتهما ووجه التنافي أن انتقال المال الى ذمة أحدهما يقتضي أن لا ينتقل الى ذمة الآخر شيء فيكون ضمانه باطلا لانتفاء مقتضاه ولا نعني بالباطل الا مالا يترتب عليه أثره وهذا يصلح جوابا عما ذكره المصنف اذ في الغاصب من الغاصب لم يثبت المال في ذمم متعددة وانما وجب على من جرت يده على المغصوب رده على مالكه عملا بعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فان تعذر وجب البدل للحيلولة وهذا لا يتفاوت الحال فيه ببقاء العين وتلفها ومعلوم أنه مع بقائها لاتكون في ذمة أحد وانما الذي في الذمة وجوب الرد فظهر أن ليس هناك مال واحد في ذمم متعددة ولك أن تقول اذا تعذر البدل للحيلولة كان المال الواحد في ذمم متعددة ولهذا اقره عليه ولده والشهيد وظاهر الاول وصريح الثاني الرضا به (وقد أوردا) عليه لزوم اجتماع العلل على معلول واحد اذ العلة في براءة ذمة المضمون عنه ضمان كل واحد (واجابا) بانها معرفات أي امارات ليست باسباب وبان براءة ذمته معلولة لعدم علة الثبوت وهي الادانة مع عدم الضمان غيره وانتفاء عدم الكلي بوجوب جزئيات كثيرة جائز ومعناه أن عدم انتفاء الانسان بوجود زيد وبكر وعمر وخالد جائز فتأمل الا ان تقول ان هذا خرج عن الأصل في خصوص هذا الفرد للنص والأجماع فيقتصر عليه من دون تعد وبذلك يجاب عن الحال في السفينة لتطابق الفتاوى ممن تعرض له والضرورة (الثالث) البطلان للحصر في الامور الثلاثة وقد بطل اثنان فتعين الثالث وفي (المختلف) انه اقوى وفي (جامع المقاصد) انه اصح وبما ذكر يعرف وجه الاشكال فيكون دائرا بين الاقوال الثلاثة فيكون منشاؤه اصالة الصحة ووقوعه من اهله ومن اتحاد الحق ومن عدم الأولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الاصالة والفرعية فيهما أن اجازهما ويتساقطان ﴾ اذا كان لرجل على اثنين عشرة دراهم على كل واحد خمسة وضمن كل منهما ما على صاحبه فلا شك في صحة الضمان كما في المسالك وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة وغيرها وانتقال ما في ذمة كل منهما الى الآخر اذا اجاز المضمون له الضمان لكنه لم يفد شيئا عندنا في باب المطالبة لانه عندنا ناقل فكانا في الدين والمطالبة كما كانا قبل الضمان اذا وقع ذلك دفعة لكن يصير كل واحد بضمانه فرعا وبمضمونيته اصلا فتعاكس الاصالة والفرعية فيصير كل واحد منهما فرعا بالجهة التي يكون بها الآخر اصلا فيتساقطان بعد اداء الدينين اذا كان ضمانهما بسؤال والمفروض انهما متساويان قدرا ووصفا ولم يتغير وصف الدين بالحلول والتأجيل فيقع التهاتر والتقاص وانما تظهر الفائدة في باب الاصالة والفرعية حيث تعاكسا كما اشار اليه المصنف بقوله تعاكست الى آخره فانه اذا ابرأ المضمون له احدهما فانه يبرأ الآخر وانه اذا ادى بعضه وابرأه المضمون له من الباقي لم يكن له الرجوع على المضمون عنه الا بما اداه وتظهر الفائدة أيضاً في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين أو على احدهما لان الضمان بمنزلة الاداء وأن اختلف وصف

فلو شرط أحدهما الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفلس قبل الاداء رجع على المؤسر بما أدى ويضرب المؤسر مع الغرماء والا طولب من أجيز ضمانه بالجميع خاصة فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين وان أطلق فالوجه التقسيط (متن)

الدينين بالقلة والكثرة والحلول والتأجيل ووصف الضمان بالتبرع وعدمه ظهرت فوائد أخر مضافا الى ماسيأتي في كلام المصنف وقد تضمن جميع ذلك مجموع كلامهم وقوله في الشرائع ولو أبرأ الغريم احدهما برأ مما ضمنه دون شريكه ليس فيه مخالفة لما قلناه اذ معناه أن شريكه لايبرأ مما ضمنه لكنه يبرأ مما كان عليه ولا يخفى أن ذلك انما هو اذا كان الضمان دفعة واجاز صاحب الدين فان وقع على التعاقب كان الجميع على الأخير ولو رد احدهما طولب من اجيز ضمانه بالجميع كما يأتي في كلام المصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو شرط احدهما الضمان من مال بعينه وحجر عليه لفس قبل الاداء رجع على المؤسر بما ادى ويضرب المؤسر مع الغرماء ﴾ هذا الفرع من متفردات هذا الكتاب وهو مبني على صحة الضمان في مال بعينه وهو من متفردات المصنف أيضا (وحاصله) أن من فوائد ما اذا ضمن كل من المديونين ما على صاحبه انه لو شرط احدهما في عقد الضمان الاداء من مال بعينه وكان المال المشروط الاداء منه يفي بذلك الدين اذ لو قصر لكان الضامن بالزائد من جملة الغرماء ثم انه حجر عليه للفلس قبل اداء الدين المضمون فان المضمون له مقدم على الغرماء بدينه لتعلقه بالعين المشروط الاداء منها كما في دين المرتهن فاذا استوفاه من العين استحقه المفلس على المؤسر فيرجع عليه به ولا يتساقطان اذا أدى المؤسر الدين الآخر قبل الحجر لاختلاف الدينين حكما لان المفلس يستحق الجميع والآخر له حكم الغرماء فيضرب معهم بالحصة وما يبقى له بعد التحاص غير مستحق الآن فلا يصح التساقط وانما قلنا أن المؤسر ادى الدين قبل الحجر لانه لو كان بعده لاتجه أن يصير الى ما بعد الفك ولا يزاحم الغرماء كمن باع بعد الحجر كما تقدم لان الضامن لايستحق شيئاً على المضمون عنه الا بعد الاداء ولهذا لا يستحق الاخذ قبله وايضا فلا بد من كون الافلاس طارئا بعد الضمان أو كون المضمون له عالما بتقدمه أو رضاه بعد علمه فانه لو لم يكن عالما وفسخ لما علم لم يترتب هذا الحكم كما نص على ذلك كله في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ والا طولب من اجيز ضمانه بالجميع خاصة ﴾ أي وان لم يجز المضمون له ضمانهما بل اجاز ضمان احدهما كان الدينان معا عليه وطولب بهما ولم يبق له مطالبة الآخر لكن الضامن يرجع على الآخر ان ضمن باذنه والا فلا والوجه في ذلك كله واضح وبه صرح في التذكرة وكذا التحرير وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان دفع النصف انصرف الى ما قصد ويقبل قوله مع اليمين ﴾ أي أن دفع من اجيز ضمانه دون صاحبه نصف الدين مثلا وبالجملة بعضاً منه اذ الحكم لا يختص بالنصف انصرف المدفوع الى ماقصده الدافع فان قصده عن نفسه لم يرجع على المضمون عنه وأن قصده عنه رجع عليه فأن وقع اختلاف بينه وبين المضمون عنه قدم قوله بيمينه لانه اعرف بقصده وصرفه الى شيء بخصوصه انما يكون به ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان اطلق فالوجه التقسيط ﴾ أي دفع نصف الدينين مثلا ولم يقصد عن احدهما ولا عن المجموع فالوجه عند المصنف هنا التقسيط أي توزيع المدفوع على الدينين بالنسبة وهو خيرة المختلف وجامع المقاصد في مثله في باب الرهن والأخير في المقام لانه قد وقع صحيحا وليس احدهما أولى من الآخر وانه قد ملكه ملكا تاما فاما عن الدينين

وينصرف الابراء الى ما قصده المبرأ فاذا أطلق فالتقسيط ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد (متن)

أو عن احدهما بعينه أولا عن احدهما أو عن احدهما لا بعينه والكل باطل لاستحالة الترجيح وملك المقضي به مع عدم زوال المقضى عن الذمة ولأنه ان لم يزل عن ذمته شيء منهما لزم المحال والا كان هو المقضي عنه ويحتمل صرفه الآن الى من شاء لعدم القصد وامتناع وقوعه بدونه وهو خيرة الايضاح في المقام والشيخ في مثله في باب الرهن (ورد) بان ملك القابض للمقبوض يقضي بانه لا بد أن يقع على شيء (وقد يجاب) بان القابض لا يملكه أو يملكه عما في ذمته واليه التعيين ومثله ما اذا قال زوجتي طالق ولم ينو واحدة منهما فستخرج اما بالقرعة أو بتعيينه وما اذا كان له مال غائب وحاضر ودفع الزكوة من دون تعيين وما اذا اعتق عبدا عن كفارته وكان عليه كفارتان الى غير ذلك من النظائر ولم يرجح المصنف في مثله في باب الرهن في الكتاب والتحرير ولا ولده في الايضاح ولا الشهيد ولا المصنف في التذكرة في مثله في المقام في الدروس (١) ﴿ قوله ﴾ ﴿ وينصرف الابراء الى ما قصده المبرأ فان اطلق فالتقسيط ﴾ أي اذا أبرأ المضمون له الضامن عن بعض الدينين فان عينه من واحد منهما أو من كل منهما فلا كلام وأن اطلق الابراء وعراه عن القصد الى شيء مخصوص من واحد منهما أو من كل منهما بالنسبة فالحكم عند المصنف التقسيط المذكور في ما تقدم لعين ما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعى الاصيل قصده ففي توجه اليمين عليه أو على الضامن اشكال من عدم توجه اليمين لحق الغير وخفاء القصد ﴾ هذه عين عبارة التذكرة ومعناها انه لو ادعى الاصيل أي المضمون عنه على الضامن أن المضمون له قصده في اطلاق عقد الابراء وانه قد برأ بذلك ففي توجه اليمين على المبرأ أو الضامن اشكال ينشأ في الاول من انه منكر والدعوى على قصده فيحلف ومن أن حلفه لاثبات مال الغير لا غير لانه لو حلف لم يدفع بها شيئاً عن نفسه ولا يثبت بها لها شيئاً نعم أن اثرت فانما تؤثر في رجوع الضامن على المضمون عنه بما يؤدي وينشأ في الثاني من أن الغريم في الحقيقة انما هو الضامن لانه لو اعترف بما ادعى المضمون عنه لم يرجع عليه فيكلف باليمين فلعله يخاف فيعترف ومن انه حلف على قصد المبرأ وهو امر يخفى على غيره فلا يحلف الضامن على قصده وهذا ايضاح ما في الايضاح لانه فرض المسئلة فيما اذا اطلق المبرأ وادعى المضمون عنه أنه قصده فاحتمل توجه اليمين على المبرأ ثم صحح العدم لانه حلف لاثبات حق الغير ثم احتمل عدم حلف الضامن لخفاء قصد المبرأ فصار الحاصل انه يحتمل حلف كل من المبرأ والضامن لكن الراجح عنده عدم حلفهما ولما كان ذلك كذلك صح له أن يقول فيقسط ومعناه أنه لما لم يتوجه الحلف على المبرأ ولا على الضامن رجعا الى الاطلاق وحكمه التقسيط فما ادعاه عليه المحقق الثاني من جملة الشق الثاني من شقي الاشكال غير جيد وقال ان الاشكال ينشأ من أن اليمين من المبرأ لاثبات حق الغير فيمتنع توجهها اليه ومن أن القصد أمر خفي فلا يحلف الضامن على قصد المبرأ بل تنحصر اليمين في جانبه فليلحظ اذ حاصل الوجه الثاني انحصار اليمين في جانب المبرأ كما صرح هو به وحاصل الأول على الظاهر منه انحصارها في

---

(١) كذا في ثلاث نسخ والظاهر ان قوله في الدروس بعد قوله ولا الشهيد (محسن)

ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء ولودفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وان لم يأذن الضامن في الدفع (متن)

جانب الضامن وحاصلهما قيام الاحتمالين في كل منهما أي الضامن والمبرأ وهذا ما في الايضاح غير انه لما ترجح عنده عدم حلف كل منهما قال بالتقسيط ثم انه قال والذي يقتضيه النظر أن المبرأ أن صرح في عقد الابراء بعين الدين الذي يبرأ منه بحيث علم الضامن بذلك جاز حلفه على عدم سقوط الحق عن ذمة المضمون عنه والا لم يحلف على البت بل على نفي العلم (وفيه) أن الاول خارج عن محل الفرض لان محله ما اذا اطلق واما الحلف على نفي العلم فلا يجدي الضامن بل يضره لانه يرجع جوابه الى اني لا اعلم والمضمون عنه يدعي العلم بان الابراء انما هو له فيحلف ويبرأ على قول أو يبرأ من دون حلف على اختلاف الرأيين فما جعله المحقق الثاني مقتضى النظر غير صحيح ولا محرر سلمنا انه لا يضره وما كان ليكون فاقصى ما هناك أن تقول كما قال هو أنه اذا حلف على نفي العلم انتفى المسقط للدين الذي في ذمة المضمون عنه فيتمسك باصالة بقاء الدين فيستحق الرجوع عليه اذا أدى ثم انه تأمل فيه من حيث أن عدم علمه بالمسقط لا يقتضي عدمه واصالة بقاء الدين قد زالت بالقطع بوجود مسقط أحد الدينين كما زال أصل الطهارة عما اشتبه فيه الطاهر بالنجس لان الابراء ثابت منه مشتبه انتهى وهذا يقضي بان المسئلة مفروضة فيما اذا قصد أحد الدينين ثم اشتبه وأنت تعلم أن المفروض خلافه والذي يقتضيه النظر في المقام أن يقال انه لو قال المبرأ أبرأت عن الاصل وقال المضمون عنه بل عن الضمان فالقول قول المبرأ من دون يمين وينظر بعد ذلك في دعوى المضمون عنه على الضامن فيحكم بينهما بما تقتضيه القواعد وكذا لو أطلق المبرأ وقال قصدت بالاطلاق الابراء عن الاصل أو عن الدينين على النسبة والتقسيط فالقول قوله أيضا من دون يمين وعلى هذا فلا مجال للقرعة وان قال المحقق الثاني ولا أري هنا شيأ أوجه من القرعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ضمن الثالث المتبرع بسؤاله رجع عليه دون الاصيل ولو أذن له الاصيل في الضمان والاداء ﴾ قال في (التذكرة) لو تبرع بالضمان ثم سأل ثالثا الضمان عنه فضمن رجع عليه دون الاصيل وان أذن له الاصيل في الضمان والاداء ومعناه انه لو ضمن زيد ما في ذمة عمرو تبرعا ثم سئل زيد بكرا أن يضمن ماضمنه فضمن وأدى فانه يرجع على زيد ولا يرجع على بكر الذي هو الاصيل وان أذن أي الاصيل للضامن الثاني أعني بكرا في ضمان الضامن المتبرع وفي أداء المال لان ذمة الاصيل قد برئت بضمان الضامن الاول فلا أثر لاذنه في الضمان ولا في الاداء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو دفع الاصيل الى الضامن أو المستحق فقد برأ وان لم يأذن الضامن في الدفع ﴾ كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ومعناه انه اذا دفع المضمون عنه الدين الى الضامن أو المستحق فقد برأت ذمته لانه اذا دفع الى الضامن وكان الضامن قد أدى قام هذا المدفوع مقام ما أداه كما هو واضح وان كان لم يؤد فقد تبرع بالاداء قبل وجوبه فلا يستحقه وليس له التصرف فيه نعم له دفعه في الدين تبعا للاذن فان أدى منه فواضح وان أدى من غيره قام هذا مقام المدفوع وعدم استحقاقه عليه شيأ الا بعد الاداء لا يمنع من دفعه اليه لجهة ذلك الدين وان أبرأ من الدين أو بعضه وجب عليه رده أو رد بعض ما قابله ويبقى الكلام فيما اذا تلف في يده بغير تفريط ولعل الظاهر انه كالمقبوض بالسوم على تأمل ولا اشكال فيما اذا قال له اقض به ما ضمنت عني

وعلى الضامن البينة بالاذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالبينة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا بينة (متن)

فانه حينئذ وكيل والمال أمانة وأما براءتها بدفعه الى المستحق فلان الضامن لا يرجع عليه حينئذ بشيء لانه لم يؤد عنه شيأ أقصى ماهناك أن الاصيل قد تبرع بأداء الدين الذي لزم الضامن بالضمان وهذا لايمنع من براءة ذمته ﴿قوله﴾ ﴿وعلى الضامن البينة بالاذن لو أنكره الاصيل أو أنكر الدين﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ضمن فأنكر الاصيل الاذن في الضمان فالقول قوله مع اليمين وعلى الضامن البينة بالاذن وكذا لو أنكر الاصيل الدين الذي ضمنه الضامن فان عليه البينة بالاذن أيضا في ضمان الدين وليس البينة بثبوت الدين ولزومه انه مدع على كل واحد من التقديرين والاصل عدم الاذن في الاول والاصل براءة الذمة من الدين وعدم الاذن في الثاني وقد يعطي كلام المحقق الثاني أن عليه البينة بثبوت الدين لانه قال لانه مدع على كل واحد من التقديرين واستحقاقه الرجوع مشروط بكل من الامرين ومراده بالامرين الاذن والدين ﴿قوله﴾ ﴿ولو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق بالبينة لم يرجع على الاصيل ان أنكر الدين أو الاذن والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاصيل الاذن ولا بينة﴾ هذه عين عبارة التذكرة وقد فهم منها في جامع المقاصد خلاف المراد فأورد ما أورد واحتمل ما احتمل ومعناها أن الضامن بزعم المستحق لو أنكر كونه ضامنا فأقام المستحق للدين وهو المضمون له البينة بكونه ضامنا واستوفى ما شهدت البينة بضمانه له لم يرجع على الدين الذي في ذمة الاصيل مقاصة للمستحق صاحب الدين لان كان ظالما له ان كان الضامن قد أنكر الدين أو أنكر الاذن في الضمان والاداء لانه اذا أنكر الدين امتنع استحقاقه مقاصة صاحب الدين مما في ذمة الاصيل وكذا ان أنكر اذن الاصيل في الضمان أو الاداء لانه ليس له عليه حينئذ وجه شرعي والا ينكر الدين والاذن كأن يقول له أنت أذنت لي في وفاء دينك وشرطت لي الرجوع وهذا توهم وأخذني بالضمان وبينته توهمت فشهدت له بذلك فأنت يجب عليك لمكان اذنك وشرطك أن تعطيني ما في ذمتك له اقتصاصا لانه ظلمني وأخذني بالضمان وقد حصل وفاء دينك على شرطه وها هو ذا قد أعرض عما في ذمتك لمكان ماأخذه مني بزعمه اني ضامن له فان أنكر الاصيل الاذن في الاداء وقال انما ظلمك وسكت عما له في ذمتي اما اعراضا بالكلية أو الى مدة أو نحو ذلك ولا بينة للضامن عليه بذلك أي الاذن والشرط واستحلفه فحلف فانه لايتوجه له عليه الرجوع مقاصة بوجه من الوجوه وترك المصنف ما اذا أنكر الاصيل الدين لوضوح حاله وهذا معنى صحيح لاغبار عليه والمحقق الثاني فرض المسئلة فيما اذا أنكر الضامن في نفس كونه ضامنا ووجه عدم رجوعه على الاصيل بأنه بانكاره الضمان مقر بأنه لايستحق في ذمة المضمون عنه شيأ قال اذ وجه الاستحقاق على هذا التقدير انما هو الضمان وقد نفاه ولا تنفعه البينة لانه مكذب لها بنفي الضمان واقتضاء نفيه كونه مظلوما في المطالبة والأخذ قال ولا فرق في ذلك بين أن ينكر الضامن الدين أيضا أي مع انكاره الضمان أو ينكر الاذن فيه من المضمون عنه وعدمه كما هو ظاهر فلا يظهر الوجه في اشتراط المصنف لعدم الرجوع على الاصيل أحد الامرين وكذا قوله والا رجع اقتصاصا الا أن ينكر الاذن ولا بينة اذ المعنى وان لم ينكر واحدا من

ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم أنكاره فان شهد الاصيل ولا تهمة قبلت (متن)

الامر بن رجع على المضمون عنه اقتصاصا أي باطنا على ما فسره بعضهم ولا يستقيم غيره على فرض المسئلة في الضمان أي لا في الاذن في الاداء الا أن ينكر الاصيل الاذن في الضمان ولا بينة هذا وجه عدم ظهور وجهه لانه اذا كان رجوعه اقتصاصا وقع الضمان في نفس الامر هذا كلامه ثم انه احتمل تنزيل العبارة على وجه بارد بعيد ثم انه قال يمكن أن يقال انه اذا كان ضامنا في نفس الامر بسؤال لا يمتنع رجوعه على المضمون عنه بمجرد انكار الضمان اذا أدى الدين الى المستحق بالبينة لان لاستحقاق الرجوع طريقين (أحدهما) الضمان بسؤال اذا أدى الضامن (والثاني) أداء الدين بالاذن وشرط الرجوع اذا انتفى الاستحقاق لانكار أحدهما لم ينتف مطلقا اذ لا يلزم من نفي الاخص نفي الاعم كما هو ظاهر فيرجع اقتصاصا الى أخذ الحق الذي يستحقه في نفس الامر بشروط (الاول) أن لا ينكر الضامن أصل الدين فانه لو أنكره امتنع استحقاق الرجوع بالطريق الثاني أيضا (الثاني) أن لا ينكر الاذن فان أنكره فكالاول (الثالث) أن لا ينكر المضمون عنه الاذن أو تثبت بحجة شرعية فان انتفت امتنع الرجوع أيضا وحينئذ فلا يكون المراد بالاقتصاص الرجوع باطنا كما قيل بل يرجع على هذا التقدير ظاهرا وطريق مطالبة الضامن المنكر للضمان في الفرض المذكور أن يقول للمضمون عنه اني أديت دينك على وجه يلزمك الاداء الي ويقيم عليه البينة بالاذن ان كانت وان كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن لان التوصل الى الحق بطريق لا يكون مشتملا على محذور جائز ثم قال فان قيل هل يسوغ أن تشهد البينة بالاذن على تقدير حصوله مع سؤال الضمان ووقوعه مع العلم بأن طريق الاستحقاق انما هو الضمان بسؤال وقد امتنع بانكاره قلنا لا محذور اذا كان مطابق الواقع أما مع عدم المطابقة فهل تكفي شهادة البينة بالاستحقاق في الجملة من غير تقييد بواحد من الطريقين الظاهر نعم حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم انتهى وأنت خبير بأنه اذا كان ضامنا في نفس الامر ومتن الواقع يبعد تصوير الشروط الثلاثة واذاعسى يجدي انكار المضمون عنه الاذن في رفع الاقتصاص منه باطنا بعد علم الضامن بالدين والاذن في الضمان والاداء وشرط الرجوع ان هو الا مديون جاحد الا أن يفرض نسيانه ولهذا جعل لمطالبته ماسمعته من الطريق وأنت اذا حملت العبارة على ماذكرناه خلصت من هذه التكلفات وما ذكرنا قد نبه عليه الشهيد في حواشيه على قوله والا رجع بقوله لان المضمون له ظلمه فيرجع على ما له الموجود في ذمة الاصيل اقتصاصا انتهى هذا ولا يجوز أن يجعل الضمير في قوله ان أنكر الدين راجعا الى الاصيل لوجوه لا تخفى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أنكر المستحق دفع الضامن بسؤال قدم انكاره ﴾ كما في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه ووجهه واضح لانه منكر فالقول قوله مع يمينه ومعناه أنه لو أنكر المستحق وصول الحق اليه من الضامن الذي ضمن بسؤال المضمون عنه قدم انكاره وقيده بذلك أي السؤال لانه لو كان تبرعا لم يتطرق الى المضمون عنه تهمة لبراءة ذمته فهو كالتمهيد لما قبله والا فلا فرق في تقديم قول المستحق بين ضمانه سؤاله وعدمه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شهد الاصيل ولا تهمة قبلت ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والحواشي واللمعة وجامع المقاصد لانه ان كان آمرا بالضمان فشهادته شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع وشهادة لغيره فتسمع وأما اذا كان متبرعا فوجهه واضح لانه أجنبي لبراءته من الدين أدى أم لم يؤد والتهمة تتحقق بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه

ومنها يغرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والاول والحق (متن)

لو لم يثبت الاداء فتبرد وقد ذكروا أن من صور التهمة أن يكون معسرا ولو لم يعلم المضمون له باعساره فان له فسخ الضمان حينئذ ويرجع على المضمون عنه فشهادة الاصيل تدفع عنه عود الحق الى ذمته (ومنها) أن يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك المصالح به فيقل ما يؤديه عن اصل الحق لو ثبت الاداء على هذا الوجه وقال جماعة في هذا نظر اذ يكفي لعدم وجوب الزائد اقرار الضامن بذلك ولا حاجة الى الثبوت ظاهرا فتندفع التهمة فتقبل الشهادة (ومنها) أن يكون قد تجدد الحجر عليه للفلس والمضمون عنه احد غرمائه فانه بثبوت الاداء تقل الغرماء فيزداد ما يضرب به وقال جماعة لا فرق في هذه الصورة والاولى بين كون الضامن متبرعا وبسؤال لان فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين ومع الافلاس ظاهر (قلت) ليس فيه من الظهور شيء لان توفير مال المفلس بشهادته وازدياد ما يضرب به انما يتحقق وينفعه اذا تبرع الضامن اما في حال السؤال فان شهادته تضره كما اذا كان له على الضامن مائة ولزيد مائة والمال المضمون خمسون ومال المفلس خمسون فانه لو قبلت شهادته صار مال المفلس مائة وليس للمضمون عنه الا الخمسون التي في ذمته واما اذا ردت شهادته فانه يبقى للمضمون عنه خمسة عشر لانا اذا وزعنا مال المفلس وهو الخمسون على مائة المضمون عنه ومائة زيد والخمسين المضمونة يصير لكل خمسين عشرة فاذا لم تقبل شهادته يكون له عشرون وللمضمون له عشرة ولزيد عشرون فاذا استرد زيد من المضمون عنه نصف ما أخذ المضمون له بقي للمضمون له خمسة عشر واذا قبلت شهادته لم يبق له شيء وقد حكى الشهيد عن الفخر أن شهادة المضمون عنه بالضمان ترد اجماعا وبالاداء أن اثرت في البراءة فكالضمان على التأمل عندهم انتهى ﴿قوله﴾ ﴿ومنها يغرم ثانيا ويرجع على الاصيل بالاول مع مساواة الحق أو قصوره﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه مع التهمة يغرم الضامن ثانيا لانتفاء ثبوت الاداء وانما يرجع على الاصيل بالاول بشرط أن لا يزيد على الدين لانه قد علم انه لا يستحق الرجوع بالزائد ووجهه انه هو الذي وقع به الاداء باعترافه والثاني ظلم وان كان بقدر الدين وهذا القيد مراد في عبارة من تركه كالمحقق والمصنف في غير الكتاب وغيرهما وكذلك لو ردت شهادته لعدم عدالته ومثله مالو صدقه ولم يشهد ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يشهد رجع بالاقل من الثاني والأول والحق﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية ومعناه انه لو انكر المستحق الدفع اليه ولم يشهد المضمون عنه وحلف المضمون له وغرم الضامن ثانيا فانه يرجع على المضمون عنه بالاقل من الثلاثة المذكورة لانه اذا كان ما دفعه أولا اقل فقد اعترف الضامن بانه لا يستحق غيره لانه يزعم انه مظلوم في الاخذ منه ثانيا فالاداء الصحيح عنده هو الاول فيؤاخذ به واما اذا كان الثاني اقل فلان الاداء الاول الذي يدعيه لم يثبت والثابت ظاهرا هو الثاني واما اذ كان الحق اقل منهما فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع والحق وفي (الشرائع) وغيرها انه لو لم يشهد رجع الضامن بما اداه اخيرا ولا بد من تقييده بما اذا لم يزد على ما ادعى دفعه أولا ولا على الحق والا رجع بالاقل من الثلاثة كما في الكتاب وقول المصنف وغيره ولو لم يشهد الى آخره لا بد من تقييده بعدم اعترافه بالدفع الاول ولو جعل مناط

ولو ادعى القضاء المأذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه ان كذبه وان صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الاصيل والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما أذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق (متن)

الحكم عدم تصديقه كما في اللمعة لكان اجود لتناول عدم الشهادة وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أدعى القضاء المأذون له فيه فانكر المستحق فان كان في غيبة الآذن فهو مقصر بترك الاشهاد اذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات فلا يرجع عليه أن كذبه وأن صدقه احتمل ذلك حيث لم ينتفع به الاصيل ﴾ وبمثل ذلك عبر في التحرير وفي (الايضاح والحواشي وجامع المقاصد) في باب الرهن أنه لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن ولولا ذلك لأدى الى عدم قبول الوكالة فيفضي الى الضرر والمصنف هناك يستفاد منه الاشكال وقال في باب الوكالة لو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقضاء ضمن على اشكال وفي (وكالة المبسوط والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد) أن الاصح الضمان الا أن يؤد بحضرة الموكل وهو خيرة التذكرة في المقام في أول كلامه ثم عد الى عبارة الكتاب ومعناها أنه لو ادعى قضاء الدين الشخص المأذون له فيه فأنكر المستحق أي صاحب الدين فان كان ذلك في غيبته فهو مقصر في ترك الاشهاد اذ كان من الحق الواجب عليه الاحتياط للآذن في اسقاط حق الغير عنه ظاهرا وباطنا وتمهيد طريق الاثبات بالاشهاد ليقطع عنه الدعوى فحيث ترك الاشهاد صار كأنه لم يقض فلا يستحق رجوعا ان كذبه وان صدقه احتمل ذلك يعني عدم الرجوع لانه مقصر بترك الاشهاد ولانه كمن لم يقض حيث لم ينتفع به الاصيل أي المديون الآذن مجازا اذ ليس هنا ضمان فيكون مضمون عنه أصيل وقال في (جامع المقاصد) في توجيه المقام أن اطلاق الاذن لما حمل على القضاء الذي لا يبقى معه دعوى الدين ثانيا بحسب الامكان وذلك بالاشهاد كان قضاؤه بدونه غير مأذون فيه فلم يستحق رجوعا قال وهذا التوجيه لا يفترق فيه الحال بين تصديق الآذن في الدفع وتكذيبه فلم يبق لقول المصنف أن كذبه وجه ولم يحسن قوله وان صدقه الى آخره لانه يدافع التعليل المذكور وكان الاولى في العبارة أن يقول فانكر المستحق فان كذبه ولا طريق للاثبات لم يرجع قطعاً وأن صدقه فأن كان في غيبة الآذن ففي الرجوع احتمالان ينشآن من كونه مقصرا بترك الاشهاد اذ كان حقه الاحتياط وتمهيد طريق الاثبات ولانه كمن لم يقض اذ لم ينتفع بهالاصيل وعدمه لان المأذون فيهالقضاءوقد حصل أنتهى ولعلفله التحريف فسهى فاثبت الرجوع مكان عدمه و بالعكس كما هو واضح ثم أن قضية التعليل أن لا يكون هناك الا احتمال عدم الرجوع وأراه في بيان الاحتمال الاول رجع الى التعليل الاول فلم يكن حينئذ الاولى أولى فليتأمل ويأتي في الوديعة ماله نفع تام في المقام ﴿ قوله ﴾ ﴿ والرجوع لاعترافه ببراءة ذمته وفعل ما اذن فيه فلا يخرج استحقاق المأذون بظلم المستحق ﴾ هذا هو الاحتمال الثاني المعادل لقوله احتمل ذلك وقد قواه في اول كلامه في التذكرة في المقام ثم حكى عن الشافعية وجهين (احدهما) عدم الرجوع ونفى عنه البأس وفي باب الوكالة جزم بعدم الرجوع وقد وجه المصنف الرجوع هنا بأنه قد اعترف وصدق ببراءة ذمته باطنا وانه قد فعل ما أذن له فيه فلا يخرج استحقاق المأذون عن الثبوت بظلم المستحق وطلبه ثانياً وفي (جامع المقاصد)

وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كالبينة حلف الاصيل فلعله ينكل فيحلف ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمل الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو أقوى من البينة وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل (متن)

ان ضعفه ظاهر لان اعترافه انما هو ببرأة ذمته باطنا فقط ففي كونه فعل ما أذن له فيه منع وقد سبق سنده ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل له احلاف الاصيل لو كذبه ان قلنا بالرجوع مع التصديق حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا بعدمه فان قلنا اليمين المردودة كالاقرار لم يحلفه لان غايته النكول فيحلف الضامن فيصير كتصديق الاصيل وان قلنا كالبينة حلف الاصيل فلعله ينكل فيحلف ﴾ هذا ذكره في التذكرة من فروع العامة فرعوه على القول بأنه اذا صدقه لا يرجع عليه قال في (التذكرة) حاكيا عنهم وعلى هذا القول لو كذبه الاصيل هل يحلف قال بعض الشافعية يبنى على أنه ان صدقه هل يرجع عليه أم لا ان قلنا نعم حلفه على نفي العلم بالاداء وان قلنا لا يرجع يبنى على أن النكول ورد اليمين كالاقرار أو كالبينة ان قلنا بالاول لم يحلفه لان غايته أن ينكل فيحلف الضامن ويكون كما لو صدقه وذلك لا يفيد الرجوع وان قلنا بالثاني حلفه طمعا في أن ينكل فيحلف الضامن فيكون كما لو اقام البينه وانت خبير بان هذا التفريع على خصوص القول بالتصديق غير واضح وأن دعواه الاداء باذنه على القول بان الاشهاد واجب لا تسمع ولا تستحق جوابا بانكار ولا اقرار لانها غير محرره وما هي الا كما اذا ادعى عليه وهبه ولم يذكر الاقباض نعم أن قال أديت باذنك واشهدت وانت تعلم ذلك واجاب الاصيل أي الآذن بالانكار توجهت عليه اليمين على نفي العلم لان المدعي به فعل الغير وسمى المأذون ضامناً مجازا كما سمى الآذن اصيلا ثم ان المفروض في كلامهم انه ادعى الاداء بدون اشهاد وحينئذ يكون مقصرا وفعل فعلا غير مأذون فيه فلا ريب في انه لا يرجع حينئذ سواء اقر المأذون أو اثبت ذلك بالبينة أو اليمين المردودة وأن قلنا بانه غير مقصر وانه يستحق الرجوع بهذا الاداء كان له الرجوع بتصديقه و باليمين المردودة سواء كانت كالبينة أو كالاقرار وان فرضت المسئلة انه أدعى الاداء باشهاد فلا شبهة في ثبوت ذلك باليمين المردودة سواء كانت كالبينة أو الاقرار فلا وجه لما ذكروه وكان الاولى بالمصنف أن لا يذكره وأن كان لا بأس بذكره في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو جحد الاصيل الدفع وصدقه المستحق احتمل الرجوع لسقوط المطالبة باقراره الذي هو اقوى من البينة ﴾ التي يمكن ظهور فسقها أو توهمها وهذا أظهر وجهي الشافعية كما في التذكرة لان المطلوب بالقضاء سقوط المطالبة وقد حصل على أقوى وجه ومنع في جامع المقاصد من كون المطلوب بالقضاء ذلك وانما يراد به براءة الذمة ظاهرا و باطنا (قلت) لعل المراد بسقوط استحقاق المطالبة ظاهرا و باطنا وانهم يدعون أنه باقراره واعترافه وتسليطه المأذون عليه سقط حقه عنه باطنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه اذ قول المستحق ليس حجة على الاصيل ﴾ أي واحتمل عدم الرجوع لما ذكر ونظر فيه صاحب جامع المقاصد بان اثبات ذلك بقوله انما هو من جهة سقوط المطالبة لا من حيث كونه حجة عليه قال والاصح عدم

ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ولا تفريط لو أشهد رجلا وامرأتين أو مستورين وفي رجل واحد ليحلف معه نظر ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ولو أدعاه (متن)

الرجوع لعدم تحقق ما يقتضي الرجوع وهو آلاء المأذون واقرار المستحق لايحققه لامكان كذبه وجواز المواطاة بين المستحق والضامن بالصبر عليه الى مدة وأخذه من المدين (قلت) قد يكون صادقا ومنعه حينئذ من الرجوع اضرار به وتكليفه حينئذ الدفع للمستحق مرة ثانية بحضوره أو بشاهدين أشد ضررا فليصدق للضرر والضرورة اذ لا يعرف ذلك الا من جهتهما كما هو الشأن في أمثال ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان الدفع بحضور الاصيل فلا ضمان اذ التقصير ينسب اليه ﴾ هذا قسيم قوله أولا فان كان في غيبة الآذن وعن بعض الشافعية انه يضمن كما لو ترك الاشهاد في غيبته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تفريط لو أشهد رجلا وأمرأتين أومستورين ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد ولم يرجح في المبسوط في المستورين الذين بان فسقهما بعد ذلك والاقرب أنه ليس بمفرط لان البحث عن البواطن الى الحكام دون غيرهم والذي عليه أن يشهد شاهدين لا يعرف فسقهما وكونهما عدلين في نظر الشرع حين الاشهاد وقد فعل فالشأن فيهما كما لو فسقا بعد الاشهاد والاداء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي رجل واحد ليحلف معه نظر ﴾ أي في كونه مفرطاً لوأشهد رجلا واحد عدلا ليحلف معه عند الحاجة الى اثبات الدفع الى المستحق نظر ينشأ من تمهيد طريق الاثبات بذلك فان الدفع يثبت بالشاهد واليمين وهو الذي استوجهه في التذكرة ولا ترجيح في المبسوط والايضاح ومن أنه لم يشهد اشهادا مثبتاً لان الدفع لايثبت بشاهدواحد ولانهما قد يترافعان الى حنفي لا يقضي بالشاهد واليمين فكان ذلك ضربا من التقصير (قلت) لايخفى ما في هذين الوجهين لان الواجب هو تمهيد طريق الاثبات وهو حاصل بهذا ولا حاجة بالشيعي الى الحنفي ثم ان الغرض من الاشهاد انما هو صحة الرجوع ودفع المطالبة قال في (التذكرة) كل موضع قلنا فيه بأن المأذون له في الاداء أو الضامن يرجع على الآذن والمضمون عنه بما غرم فانما هو مفروض فيما اذا أشهد المؤدي أو الضامن على الاداء شهادة يثبت بهذا الحكم سواء استشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أشهد واحدا اعتمادا على أن يحلف معه (قلت) فاذا أتى بشاهده الثقة وشهد له عند الحاكم وحلف معه ثبت له الرجوع واندفعت عن الاصل المطالبة بحكم الحاكم وتسجيله فقوله في جامع المقاصد يرد عليه انه لو أمكنه الاثبات باليمين المردودة لم يعد مقصرا مردود بأن رد اليمين الى المستحق لااله فلا اختيار له في ذلك الا أن تقول ليس المدار على ماذكره في التذكرة وانما المدار على العلم باذن الآذن في قضاء الدين والاستقلال باثباته وعلى استقلال المضمون عنه باثبات الدفع الى المستحق ولا يتأتى ذلك الا بالبينة العادلة التي يستقل الآذن والمضمون عنه باثبات الدفع بها ولا استقلال لها بالشاهد ويمين الدافع المأذون أو الضامن واحتمال غيبتها أو موتها لا يدفع ذلك لانه انما يخاطب بمقدوره ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اتفقا على الاشهاد وموت الشهود أو غيبتهم فلا ضمان ﴾ لعدم التفريط لاعترافه بأن الضامن أتى بما عليه والموت والغيبة ليسا اليه وقد نص عليه في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد فلو حلف المستحق بعد غيبتهم أو موتهم ورجع على المأذون رجع على الآذن ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ادعاه

الدافع فانكر الاصيل الاشهاد تعارضا أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول باصالة براءة ذمته ﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾ وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى أخرى وشروطها ثلاثة رضاء الثلاثة (متن)

الدافع فأنكر الاصيل الاشهاد تعارضا أصلا عدم الاشهاد وعدم التقصير لكن تأيد الاول باصالة براءة ذمته ﴾ أي الاصيل عن حق الدافع فان شغل ذمته لم يكن ثابتا وانما يحدث بالقضاء المأذون فيه بالاشهاد والاصل عدمه الى أن يثبت و يؤيده أيضا أن الاصل عدم موت الشهود أو غيبتهم أو نسيانهم أو انكارهم وتكذيبهم فيكون القول قول الاصيل مع يمينه وأصل عدم التقصير كأنه غير أصيل لانه لم يخل بواجب يعاقب عليه وانما أخل بواجب برفع الغرامة عنه وهو عدم استحقاق الرجوع نعم قد يمكن أن يراد به أن الراجح الغالب من حال العاقل أن يتحرز عن الغرامة نعم قد يعضد هذا الاصل على تقدير اصالته ان في ذلك ضررا عليه لو كان صادقا فيصدق كما يصدق الصبي في دعوى البلوغ اذ لا يعرف ذلك الا من قبله فتأمل جيدا

﴿ الفصل الثاني في الحوالة ﴾

بفتح الحاء كسحابة وهي مشروعة بالنص واجماع الامة كما في المبسوط والسرائر وليست بيعا ولا محمولة عليه عند علمائنا أجمع كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى أخرى ﴾ كما في التذكرة والتحرير ونحوه ما في الوسيلة والسرائر وقال الشهيد هذا ينتقض في طرده بالضمان بالمعنى الاخص والسبب في ذلك أن المصنف لم يشترط في الحوالة شغل ذمة المحال عليه حاول في التعريف شموله لهذا القسم لئلا ينتقض في عكسه قال في (المسالك) لكنه وقع فيما هو أصعب من ذلك وهو انتقاضه في طرده (قلت) فيه نظر من وجهين (الاول) أنا لا نسلم انه أصعب بل هو اما مساو أو أسهل أما الاول فلأن التعريف عند المتأخرين لابد وأن يكون جامعا مانعا مطردا منعكسا ولا تفاوت بينهما عندهم وأما الثاني فلان التعريف بالاعم جائز عند المتقدمين بخلاف الاخص فانه غير جائز قولا واحدا فكان أسهل قطعا (الثاني) أن المراد ان التحويل والنقل انما هو عن ذمة المحيل والمحول والمضمون عنه ليس محيلا ولا محولا ولا دور أو يقال التعهد ان كان بالنفس فالكفالة وان كان بالمال فان كان العاقد الموجب مشغول الذمة فالحوالة والا فالضمان فقد اتضح الفرق وبان الامر ولعله الى ذلك أشار في جامع المقاصد بقوله ويمكن دفعه بأن المراد عقد مخصوص شرع لكذا وعرفها في الشرائع بأنها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ونحوه ما في اللمعة فخرجت الحوالة على البريء مع انه جوزها فيما بعد ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه فان رجحان الشبه لايخرجها عن كونها حوالة وأجيب عنه بأنه لعله عرف الحوالة المتفق على صحتها ﴿ قوله ﴾ ﴿وشروطها ثلاثة﴾ أي شروط صحتها ثلاثة ﴿ قوله ﴾ ﴿ رضاء الثلاثة ﴾ أي المحيل والمحتال والمحال عليه أما اشتراط رضاء الاولين فقد حكى عليه الاجماع في التذكرة والمسالك والروضة والمفاتيح والكفاية ونفى عنه الخلاف في مجمع البرهان والرياض وفي (الغنية) الاجماع على الاول ونفي الخلاف عن الثاني الا من داود ومراده بين المسلمين وأما اشتراط رضا المحال عليه فهو المشهور كما في المختلف والمهذب البارع

والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه في موضعين منها حيث نسبه تارة الى أصحابنا وقال أخرى عندنا ونسبه الى علمائنا في المختلف ونسب الخلاف في كشف الرموز الى التقي واشتراط رضاه الى باقي الاصحاب وفي (مجمع البرهان) انه لم يظهر فيه خلاف ونقل حكاية الاجماع عليه في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما عن الشيخ والموجود في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر أنه يعتبر رضاه لان الاجماع من الامة كما في الاول واجماعنا كما في الثلاثة الاخيرة على انه اذا رضي صحت الحوالة ولم يدل على صحتها مع عدم رضاه دليل انتهى وهذا ليس اجماعا على اشتراط رضاه كما حكوه قطعاً وليس فيها جميعها في الباب كلام آخر صريح أو ظاهر في ذلك والظاهر ان ذلك منهم اشتباه وقد نسب عدم اشتراط رضاه كاشف الرموز والمقداد الى أبي الصلاح واستشعره في المختلف من كلام المفيد والشيخ في المقنعة والنهاية قالا اذا كان للانسان على غيره مال فأحال به على رجل ملي به فقبل الحوالة وأبرأه منه لم يكن له رجوع ضمن ذلك المال المحال به أولم يضمن فانلم يقبل الحوالة الا بعد ضمان المحال عليه ولم يضمن من أحيل عليه ذلك كان له مطالبة المديون ولم تبرأ ذمته بالحوالة وكأنهما أشارا بضمان المال الى قبول الحوالة والتزامها وانتقال الحق الى ذمته وقد قال في السرائر بعد أن حكى ذلك عن الشيخ لاأرى لقول الشيخ وجها وأخذ في بيان فساده ويأتي تمام الكلام فيه وعبارة الوسيلة تؤذن بوجود الخلاف حيث قال ورضا المحال عليه على الصحيح وكذلك عدم حكاية الاجماع عليه في الغنية مع حكايته في الاولين ومافي المبسوط والغنية والسرائر من التصريح بوجود الخلاف فانما أرادوا به الخلاف من العامة وقد مال اليه في المختلف وهو خيرة المقتصر والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومال اليه أو قال به في الرياض بل في التنقيح ان اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ماعليه فلا يشترط رضاه قطعا وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنيات وقال وان لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلابد من رضاه قطعا ونحو هذا الاخير مافي ايضاح النافع وجامع المقاصد والروضة وغيرها من أنا لو جوزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعا ونسب أبو العباس في كتابيه الى ابن ادريس الاقتصار على رضا المحيل والمحتال وهو خطأ قطعا ولعل ما نسب الى أبي الصلاح كذلك والحاصل ان الاجماع كاد يكون معلوما ممن تقدم على المختلف وخلاف هؤلاء مسبوق به فلا يؤيه به على انه في المختلف لم يخالف صريحا قيل وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما لان الحوالة عقد لازم لايتم الا بايجاب وقبول فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيهما مايعتبر في غيرهما من اللفظ العربي والمطابقة وغيرهما وأما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدما ومتأخرا ومقارنا (حجة المشهور) بعد ماعرفت أن الاصل بقاء الحق في ذمة المحيل فيستصحب ويقتصر على المتيقن وان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه تابع لرضاه وانه أحد من تم به الحوالة فاشبه المحيل والمحتال وان الناس متفاوتون في المعاملات والاقتضاء سهولة وصعوبة (وقد يجاب) بان الاصل معارض باصل عدم الاشتراط بعد وجود الدليل وهو عموم أوفوا بالعقود واطلاق ما سيأتي من النصوص وانما نمنع أن الحوالة تقتضي النقل بل هي ايفاء لما في ذمة الغير فلا تقصر عن بيع ما في ذمة الغير ولايشترط فيه الرضا اجماعا (ومنه يعلم) حال دليل التفاوت في الاقتضاء لانه جار فيه وقد قالوا في الجواب عنه أيضاً أن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار الى رضا من عليه الحق كما لو وكله في القبض منه واختلاف الناس في الاقتضاء لايمنع من

وعلمهم بالقدر ولزوم الدين وكونه صائراً اليه (متن)

مطالبة المستحق أومن نصبه خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً ووصفاً (وأورد) عليه بأنه قياس للحوالة اللازمة المترتب عليها كثير من الاحكام المخالفة للأصول القطعية على الوكالة الجائزة (واجيب) بأن المراد من تشبيهها بالوكالة ليس الا لدفع دليل الاشتراط اعني اختلاف الناس في سهولة القضاء وصعوبته بناء على أنه لو صلح للاشتراط واثبات المانعية عن الحوالة بدون رضاه لصلح لاثبات المانعية عن الوكالة مع عدم رضاه لجريان دليل المنع عن الحوالة فيها ومثله لا يسمى قياساً بل تنظيرا وهو جائز اجماعاً حيث يحصل دليل آخر للحكم في المنظر غير نفس القياس كما فيما نحن فيه لان الدليل هو عموم أوفوا بالعقود والاطلاقات الاخر كما أشرنا اليه آنفا ويدفع ذلك كله بعد الاجماع المحصل السابق على المخالف والمنقول في ظاهر كلام جماعة مانطقت به تعريفاتهم وطفحت به عباراتهم من أن الحوالة ناقلة للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه وانها من أجل ذلك سميت حوالة قال في (التذكرة) الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل الى المحال عليه عند علمائنا أجمع انتهى ونحوه مافي المبسوط والخلاف والسرائر والغنية وغيرها كما ستسمع ذلك كله فكان المحال عليه كالضامن لابد من رضاه أوكالمستقرض من المحتال أن قلنا انها ايفاء والبيع دل عليه الدليل وهو الاجماع الذي حكيته والحاق الحوالة به قياس وصاحب جامع المقاصد الذي قال انا نمنع انها تقتضي النقل ستأتي له أنه أي النقل هو المشهور وعليه الفتوى ولعله لم يبق بعد اليوم في المسئلة أشكال (وليعلم) أنه استثنى في التذكرة من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء قال فانه لايعتبر رضاء المحيل لانه وفاء دينه بغير اذنه والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيقومان بركني العقد وتبعه على ذلك جماعة منهم الشهيد الثاني في المسالك والروضة (وفيه) أن مثل هذا لايندرج في الحوالة التي هي من العقود اللازمة لان المتبادر من اطلاقات أخبار الباب غير هذا القسم ولا عموم في العقود التي أمرنا بالوفاء بها الا بالنظر الى العقود المتداولة في زمن الصدور فليلحظ هذا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعلمهم بالقدر ﴾ هذا قد نبه عليه في المبسوط والخلاف في أثناء كلام له فيهما وبه صرح في الشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير بل قال في الاخير يجب أن يكون المال معلوماً فلا تصح الحوالة بالمجهول اجماعاً وفي (مجمع البرهان) لعله لاخلاف في الاشتراط هنا وفي (جامع المقاصد والكفاية) أن المشهور اشتراط علمهم بالقدر قلت لم نجد المخالف وانما احتملت الصحة مع الجهل في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان احتمالا الا أن تقول ان الخلاف يفهم من الوسيلة والغنية وغيرها حيث لم يذكر هذا الشرط فيها مع ذكر غيره من الشروط فتأمل اذ لعل تركهم له لمكان ظهوره كالبلوغ والرشد والوجه في هذا الشرط أنه لو أحاله بما له من الدين ولا يعرف قدره كان فيه من الغرر ما لايخفى لعدم العلم بالمأخوذ والمعطي فلا يصح وان الحوالة ان كانت اعتياضاً فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وان كانت استيفاء فانما يمكن استيفاء المعلوم ووجه احتمال الصحة انها كالضمان فيلزم ماتقوم به البينة وهو انما يتم على الاحتمال الثاني أعني الاستيفاء وحمله على الضمان لايتجه لانه مبني على الارفاق والمسامحة والغرامة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولزوم الدين وكونه صائراً اليه ﴾ يريد أنه يشترط أن يكون المال ثابتاً للمحتال في ذمة المحيل لافي ذمة المحال عليه ولا فرق في الثابت بين كونه مستقراً وغيره كالثمن

وعلم المحتال باعسار المحال عليه لو كان أو رضاه به شرط اللزوم وهـل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان (متن)

في مدة الخيار وتكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان يأتي الكلام عليهما في نظيره وبهذا التقرير لايبقى وجه لقوله في جامع المقاصد في اشتراط هذا الشرط مع القول بأن الحوالة على بريء الذمة جائزة نظر انتهى (وكيف كان) فهذا الشرط قد نبه عليه في المبسوط وصرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والتحرير بل فيه أن شرطها ثبوت الحق في ذمة المحيل فلو أحاله بما يقرضه لم يصح اجماعاً وقد نقل عن بعضهم حكاية الاجماع على هذا الشرط في مجمع البرهان ولعله أراد مافي التحرير وفي (الحدائق) حكاية على البت وهو منه عجيب وفي (الكفاية) المشهور أنه يشترط أن يكون ثابتاً في الذمة ولعل نسبته الى الشهرة لعدم تعرض جماعة كثيرين له ولعل السر في ذلك ظهوره من كلامهم وتعريفهم الحوالة وفائدة هذا الشرط الاحتراز عما ليس بثابت سواء لم يوجد سببه كما في مثال التحرير أو وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فانه لا يصح احالة الجاعل به للمجعول له لعدم ثبوته أما احالة المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دين فانه جائز بناء على جوازها على البريء ﴿قوله﴾ ﴿وعلم المحتال باعسار المحال عليه لوكان أو رضاه به شرط اللزوم﴾ ملاءة المحال عليه وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره شرط فلو كان معسرا واحتال عليه مع جهله باعساره كان له فسخ الحوالة ومطالبة المحيل بالمال سواء شرط اليسار أو أطلق عند علمائنا كما في التذكرة ونسب في السرائر الى أصحابنا اعتبار الملاءة وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره وفي (الخلاف) الاجماع على الاول وفي (الغنية) نفي الخلاف عنه وقال فان رضي المحال بعدم ملاءته جاز وروى في الكافي عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم يرجع عليه قال لايرجع عليه أبدا الا أن يكون قد أفلس قبل ذلك قال في (التذكرة) وهو نص في الباب ومثله رواية الصدوق عن أبي أيوب الخزاز من دون تفاوت والمراد بقوله عليه السلام الا أن يكون قد أفلس من قبل انه كان مفلسا ولم يعلم بافلاسه ويفهم من الخبرين انه لو كان وقت الحوالة مليّاً ثم تجدد له الاعسار فلا خيار و به نطق خبر عقبة بن جعفر عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم تغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي قال لاوتغير الحال كناية عن الافلاس ويأتي الكلام فيما اذا انعكس الفرض المذكور عند تعرض المصنف له ﴿قوله﴾ ﴿وهل يشترط شغل ذمة المحال عليه بمثل الحق للمحيل الاقرب عدمه لكنه أشبه بالضمان﴾ عدم الاشتراط خيرة المبسوط في أول الباب وعدة مواضع منه والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (السرائر) نفي الخلاف فيه بين أصحابنا وحكي في الرياض عن السرائر الاجماع عليه واجماعها الصريح كاجماع المبسوط ان دلا فانما يدلان باطلاقهما (وحجتهم) على ذلك أصل الجواز وأصل عدم الاشتراط واطلاقات أخبار الباب وهي الثلاثة التي سمعتها آنفا وفي المسالك تبعا لجامع المقاصد تبعا للشهيد في حواشيه من أن مبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض فعلى الاول تصح دون الثاني لانه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضا عن حق المحتال فهو من تخريجات الشافعية

ولا يجب قبولها وان كانت على ملي فان قبل لزم وليس له الرجوع وان افتقر (متن)

في المسئلة وانما هي أصل برأسه وعقد مفرد كما هو صريح المبسوط والخلاف والسرائر والمختلف وحواشي الكتاب وغيرها وقال في (الخلاف) ان الذي يقتضيه مذهبنا أن نقول انها عقد قائم بنفسه انتهى (قلت) اما انها ليست بيعا فلاطباق أصحابنا على ذلك كما تقدم الا ما يلوح من المبسوط في أثناء كلام له وهو مأول لانه صرح في عدة مواضع بأنها ليست بيعا ولانها لو كانت بيعا لجازت بلفظ البيع ولجازت الزيادة والنقصان فيها ولما جازت في النقود الا مع التقابض في المجلس وأما أنها ليست استيفاء فلانها لو كانت استيفاء لقدر أن المحتال استوفى ما كان له على المحيل وأقرضه المحال عليه وليس فيها استيفاء ولا اقراض محقق فلا يقدران ثم انها لو كانت استيفاء لوجب قبولها اذا أحاله على ملي والاجماع على خلافه كما يأتي فلا ريب انها ليست استيفاء وان قواه في التذكرة ونسبه الشهيد الى ظاهر كلام الاصحاب على انه قال في التذكرة في آخر مسئلة الاختلاف في أنها استيفاء أو بيع كل هذه الخلافات لا فائدة تحتها ولا دليل عليها والمخالف فيما نحن فيه الشيخ في المبسوط في آخر الباب وحكاه في الايضاح عن القاضي وابن حمزة ولم نجد ذلك في الوسيلة ولم يحكه والده في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط في آخر كلامه وكأنه في جامع المقاصد متأمل وليس في محله وفي (المفاتيح) ان الاظهر انه ضمان (قلت) قد قال المحقق والمصنف وغيرهما انه أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة الى ذمة بريئة وكأن المحال عليه لقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل قال في (المسالك) ولكنه بهذا الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعا فتلحقه أحكامها وهذه الكلمة تجري مجرى الاجماع ممن يعمل بالظنون وقوله تلحقه أحكامها فيه انه ينبغي على ماسلف له انه لا يعتبر فيها رضا المحيل نعم له الرجوع مع الاذن كما في الضمان فليتأمل وليلحظ ما تقدم و يعتبر رضا المحال عليه قطعا كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجب قبولها وان كانت على ملي ﴾ بلا خلاف الامن داود وقد سمعت الاجماعات المحكية على اشتراط رضاه أي المحتال مضافا الى الاصل وفقد المانع والدليل لان الواجب قبوله أداء الدين وليست أداء وانما هي نقل وأوجب داود القبول لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فيما حكي اذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل وقصور السند يمنع من حمله على الوجوب فليحمل على الارشاد بل على الاستحباب لما فيه من قضاء حاجة أخيه واجابته الى ما يبتغيه وهذا يرشد الى انها ليست استيفاء والا لوجب القبول الا أن تقول ان وجوب القبول انما هو في الاموال الموجودة في الخارج لا في الماهية الكلية فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبل لزم ﴾ بالنص والاجماع كما تقدم وانتقل الحق الى ذمة المحال عليه و به قال جميع الفقهاء الا زفر ابن الهذيل كما في الخلاف و بلا خلاف الا من زفر كما في الغنية واجماعا الا من زفر كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس له الرجوع وأن افتقر ﴾ بلا خلاف بيننا و به نطق خبر عقبه المتقدم ذكره وهو المروي عن علي أمير المؤمنين عليه السلام كما في الخلاف والمخالف ابو حنيفة قال له الرجوع عليه اذا جحده المحال عليه أو مات مفلسا وحكوا عن عمر انه يرجع عليه اذا افلس وحجر عليه الحاكم و به قال ابو يوسف ومحمد بن الحسن ولا فرق عندنا بين اخذ المحتال شيئا من المال وعدمه عملا باطلاق النص والفتوى والاجماع مضافا الى اصالة لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ بل ظاهر المختلف الاجماع صريحا وخالف سلار فقال الحوالة بين ضربين احدهما ان يكون

وَلو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال وهي ناقلة فيبرأ المحيل عن دين المحتال وان لم يبرأ المحتال على رأي (متن)

قد اخذ المحال له بعضاً والاخر أن يكون لم يأخذ فأن أخذ لا يجوز له الرجوع وأن لم يأخذ يجوز له الرجوع وهو شاذ نادر مرغوب عنه كما في السرائر ولا حجة له الا ان القبول يتم بذلك وهي واهية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر له فقره حالة الحوالة تخير في الفسخ ﴾ قد تقدم الكلام فيه وبه خبر منصور وابي ايوب ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهل يتخير لو تجدد اليسار والعلم بسبق الفقر اشكال ﴾ يريد انه لو كان معسرا ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ فهل يزول الخيار اشكال ينشاء من زوال الضرر ومن ثبوت الرجوع قبله فيستصحب وهذا هوا الاظهر من اطلاق النص والفتوى وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض لان الموجب للرجوع ليس هو الاعسار على الاطلاق ليزول بزواله بل هو الاعسار وقت العقد وهذا لم ينتف ولم يزل فيثبت حكمه وفيه نظر ظاهر لان الاعسار وقت العقد قد انتفى لانتفاء الضرر لانه هو السبب في ذلك قطعاً وليس الاعسار وقت العقد موجبا للخيار من حيث هو اعسار كذلك حتى يكون حكمة بل هو معلل ومنه يعلم قوة ما حققه في الايضاح قال والتحقيق انه يبنى على ان علل الشرع هل هي معرفات أو علل حقيقة وعلى الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج ومراده انه اذا استغنى الباقي عن المؤثر أو قلنا العلل معرفات ثبت الخيار وان قلنا انه يحتاج الى المؤثر زال الخيار لزوال العلة وقد عرفت الحال ولم يرجح في التذكرة ولا في الحواشي وفي الاخير اذا قلنا بالخيار كان على الفور قلت فيه نظر كما في نظائره ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي ناقلة فيبرأ المحيل عن دين المحتال وأن لم يبرأ المحتال على رأي ﴾ اما انها ناقلة فقد سمعت أن الاجماع محكي على ذلك صريحا في خمسة مواضع وظاهرا في موضعين وبذلك طفحت عباراتهم من غير خلاف بينهم ولا يستلزمه ما ستسمعه وان توهمه صاحب التنقيح كما ستسمع واما انه يبرأ المحيل من دين المحتال وان لم يبرأه فهو الذي تقتضيه عبارة المبسوط والخلاف والغنية بل كاد يكون صريحها بل نسب ذلك صاحب السرائر الى الخلاف وعبارة المبسوط والغنية كعبارة الخلاف من دون تفاوت قال في (الخلاف) اذا احال رجل على رجل بالحق وقبل الحوالة وصحت تحول الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه (دليلنا) ان الحواله مشتقة من التحويل فينبغي أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق وبه قال جميع الفقهاء الازفر ابن الهذيل فانه قال لا يتحول الحق عن ذمته وقال ايضاً اذا انتقل الحق بحوالة صحيحة فانه لا يعود عليه سواء بقي المحال عليه على غناه الى آخره فما في المختلف من انه لم يتعرض في الخلاف والمبسوط لذلك لعله لم يصادف محزه وكيف كان فما نحن فيه صريح السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وحواشي الشهيد والمقتصر وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض وفي (التذكرة وجامع المقاصد والروضة والمسالك) انه المشهور وزاد الكركي أن عليه الفتوى وفي (الكفاية) انه الاشهر وقضية ما في التذكرة انه مشهور بين المتقدمين فلا تغفل عن هذا والمخالف الشيخ في النهاية وابن حمزه في الوسيلة وهو الظاهر من المقنعة والمحكي عن ابي علي والقاضي والتقي وكأنه قال به أو مال اليه صاحب التنقيح (حجة المشهور) الاجماعات المتقدمة المحكية على انتقال الحق

ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي (متن)

بمجرد الحوالة مضافاً الى اطلاق النصوص الثلاثة التي سمعتها آنفا و بعضها صريح في عـدم الرجوع بعد الرضا وهو خبر عقبه وعموم الادلة بلزوم الوفاء بالعقود كتابا وسنة بناء على أن معنى الحوالة الانتقال من حينها نظر الى مبدأ اشتقاقها فاذا تحققت وجب تحقق المبدأ مع أن الابراء أن كان قبل الانتقال استلزم بطلان الحوالة اذ ليس له حينئذ شيء في ذمة المحيل وان كان بعدها لزم تحصيل الحاصل لان ذمته برأت بالحوالة فلا حاجة الى ابراء آخر و بعبارة اخرى أن الحوالة تقتضي البراءه والابراء يقتضي البقاء واسقاط الحق فتكون الحوالة من قبيل الوكالة هذا خلف وهذا كله مبني على الاجماعات المحكية على الانتقال بل الاجماع معلوم فكان جميع ما في التنقيح غير صحيح لان الشيخ في النهاية ومن وافقه ما استندوا الى عـدم الانتقال ولا نازعوا فيه ولا قالوا أن سقوط الحق عن المحيل لا تقتضيه الحوالة الا على القول بانها عقد معاوضه وانما استندوا الى حسنة زراره عن الباقر عليه السلام بابراهيم وهي مروية ايضاً باسنادين آخرين ضعيفين في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل فيقول له الذي احتال برأت من مالي عليك قال اذا ابرأه فليس له أن يرجع عليه وان لم يبرأه فله أن يرجع على الذي احاله وقـد حملت تارة على التقية من الحسن البصري واخرى على السلب الكلي والايجاب الجزئي فيكون المراد في الايجاب أن له أن يرجع اليه في بعض الاحيان وهو ما اذا ظهر اعسار المحيل حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله وفيه نظر ظاهر واخرى على أن الابراء كناية عن قبول المحتال الحوالة فمعنى قوله برأت من مالي عليك اني رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرأت انت فكنى عن الملزوم باللازم وهكذا القول في قوله ولو لم يبرأه فله ان يرجع لأن العقد بدون رضاه غير لازم فله ان يرجع وحملت في التذكرة على ما اذا شرط المحيل البراءة قال فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال عليه ونعم ما قال المقدس الاردبيلي وغيره لما كانت غير صحيحة ومخالفة للاجماع على انها ناقلة ومخالفة للاخبار الاخر الصريحة في عدم الرجوع بعد الرضا كخبر عقبه فلا بد من تأويلها وان بعد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتحول حقه الى ذمة المحال عليه ويبرأ المحال عليه عن دين المحيل ﴾ هذا مما يتفرع على قوله ناقلة فهو من تتمة التفريع ووجهه انه متى انتقل الحق من ذمة المحيل عليه صار في ذمته حق المحتال فامتنع بقاؤه على ملك المحيل فيبرأ المحال عليه من دين المحيل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتصح على من ليس عليه حق أو عليه مخالف على رأي ﴾ قد تقدم الكلام في الاول وأما الثاني وهو الحوالة على من عليه مخالف للحق فانه يتصور على وجهين (الاول) أن يكون على المحيل لزيد مثلا دراهم فيحيله على عمرو بدنانير والحال أنه له على عمر دنانير (والثاني) أن يحيله على عمرو الذي ليس له عليه الا الدنانير بدراهم وهذا هو الذي فرضوا النزاع فيـه وصحة الحوالة في المثال ونحوه خيرة المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحرير والحواشي واللمعة والتنقيح وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح عملا باصالة الجواز الناشئة من العموم والاطلاق وفحوى ما دل على جوازها على البريء فعلى من عليه بالمخالف أولى وضرر التسلط مدفوع باعتبارنا رضا المحال عليـه مطلقاً أو في خصوص ما نحن فيه كما في المختلف فاذا رضي أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع اصلا والمخالف الشيخ في المبسوط في اول الباب

ويصح ترامي الحوالات ودورها (متن)

وابن حمزه والسيد حمزه ابن زهره والقاضي فيما حكي عنه فاعتبروا اتفاق الحقين في الجنس والنوع والصفة وهو ظاهر النافع ونحوه مما عرفت فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله اذ المخالف ليس مثلا وقال في (التذكرة) من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين الى آخره وتردد في الشرائع وكذا الكفاية (حجة الشيخ) ومن وافقه أن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فاذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقـد يوجب ذلك فان الحوالة أن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه واقرضه المحال عليه وحقه الدراهم لا الدنانير وأن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أوصفه وانما هي معاوضة ارفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي والقدر والصفة لئلا يتسلط على المحال بما ليس في ذمته كما ذكر ذلك في التذكرة وغيرها والظاهر أن هذا القول مبني على عدم اعتبار رضا المحال عليه ومنع الحوالة على البريء فاذا اعتبر أو جوز لم يشترط قطعاً لـكن المخالفين في المقام يعتبرون الرضا ويجوزون الحوالة على البريء ثم ان ذلك لا يتم مع قلب حق المحتال الى جنس المال المحال به كما في الوجـه الاول من وجهي المسئلة فانهما لو تراضيا على هذا الوجه لم يستوف من المحال عليه غير ما في ذمته فلا محذور هـذا وفي الوجه الثاني يبرأ المحيل قطعاً من مال المحال في الحال قاله الشهيد وقال في براءة المحال عليه من مال المحيل في الحال أو بعد الاداء احتمالان البرأة لانه لو بقي له حق لكان له المطالبة به وهو خروج عن معنى الحوالة وعدمها لعدم منافات اداء دينه عنه و بقاء دينه عليه لانه في المثال انما لزم المحال عليه للمحال دراهم لمكان رضاه و بقيت الدنانير في ذمته للمحيل وصار له في ذمته أي المحيل دراهم فحينئذ مع الاداء تحتمل المقاصة لانتهاض معنى الحوالة ويحتمل اعتبار التراضي لان لكل منهما على صاحبه حقاً مخالفاً والمعهود في مثله اعتبار التراضي ولكنك قد عرفت أن المفروض ان التراضي حصل سابقاً بين الثلاثة على تحول الحق الذي في ذمة المحال عليه الى جنس ما في ذمة المحيل فلا حاجة الى تراض جديد عند الاداء والتقابض ويبقى الكلام فيما اذا أطلق ولم يعين أحد الوجهين فيحتمل البطلان لاختلاف الفرض من كل من الصورتين وعدم لفظ يدل على التعيين والصحة وينصرف الاطلاق الى وجوب دفع الحق المحال به كما في الحواشي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح ترامي الحوالات ودورها ﴾ أما صحة ترامها فقـد صرح به في المبسوط والشرائع والتحرير والكفاية والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وأما دورها فقد صرح به في السبعة الاخيرة وهي التذكرة وما ذكر بعدها عملا فيهما بالاصل المستفاد من عموم أوفوا واطلاقات أخبار الباب ولانه كما تصح الحوالة الاولى لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية كذلك ومتى أحال المحال عليـه برأ كالاول وهكذا لو تعـدد وهو المراد بالترامي كأن أحال المـديون زيداً على عمرو ثم أحال عمرو زيداً على بكر ثم أحال بكر زيداً على خالد وهكذا ودورها بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الاول بأن تكون ذمته مشغوله لمن احال عليه أو بريئة على المختار وفي الصورتين المحتال متحد وانما تعدد المحيل والمحال عليه وفي (جامع المقاصد) أن الترامي وقوع الحوالة من المحال عليه على آخر من غير تقييد بغاية مخصوصة وفي (مجمع البرهان) أن الترامي الى غاية فتأمل (وليعلم)

والحوالة بمالا مثل له وبالثمن في مدة الخيار وبمال الكتابة بعد حلول النجم وقبله على اشكال ولو أحال المكاتب سيده بثمن ماباعه جاز (متن)

أنه يصح ترامي الكفالة دون دورها لان حضور المكفول يبطل ما تأخر منها ﴿قوله﴾ ﴿ والحوالة بمـا لامثل له ﴾ يشير بذلك الى خلاف الشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة ولا ثالث لهما فيما أجد فنسبته الى الشيخ وجماعة من جماعة لم تصادف محزّها قال في (المبسوط) انما تصح في الاموال ذوات الامثال واستند في عـدم جواز الحوالة بالقيمي الى كونه مجهولاً (وفيه) أنه مضبوط بالوصف والواجب فيه القيمة وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه بالوصف الذي يوصف به السلم فصار الحاصل أنه ان حوله نفس القيمي كأن يكون قد أسلفه على خمس من الابل وقد أسلف هو آخر على خمس كذلك فحوله عليها أو بنفسه أيضاً بأن يراد الحوالة بقيمته فالحوالة بهما صحيحة فالمانع مفقود وعموم الادلة تشمله والصحة خيرة المبسوط بعد ذلك بأوراق اذا كان معلوماً والخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والرياض وهو المحكي عن أبي علي (ويبقى الكلام) فيما لا يصح السلم فيـه فهل تجوز الحوالة به احتمالان اقربهما كما في التذكرة الجواز لان الواجب في الذمة حينئذ القيمة فالعين غير ثابتة في الذمة فالحوالة بها حوالة بقيمتها وقـد فهم في جامع المقاصد من عبارة الكتاب أنها مبينة على أن الواجب في القيمي مثله ثم ينتقل الى القيمة للتعذر حيث انه لامثل له وان المصنف أراد ثبوت صحة الحوالة فيه وان قلنا ان الواجب فيه هو المثل ثم ينتقل الى القيمـة لان الوصول الى الحق ممكن بالمثل وبالقيمة فيما لامثل له ومتى أمكن الوصول الى الحق فلا مانع من صحة الحوالة انتهى وقـد عرفت أن الغرض التنبيـه على خلاف الشيخ فتجشم ما تجشم فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبالثمن في مدة الخيار ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه حق ثابت آيل الى اللزوم وتزلزله لاينافي نقله الى ذمة أخرى ولا استيفاؤه والمخالف بعض الشافعية وكلام المبسوط في العبد يعطي المنع وهل يسقط بذلك الخيار وجهان أقواهما السقوط وقوى في التذكرة البقاء واذا انفسخ البيع لفسخ صاحب الخيار ففي بطلان الحوالة وجهان أظهرهما البطلان في بعض الصور كما يأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبمال الكتابة بعـد حلول النجم ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتـذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصـد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت في ذمـة المكاتب فصحة الحوالة به على العبد وفي (المسالك) لااشكال فيه وخصوص خلاف الشيخ في المبسوط بما قبل الحلول ونحو ذلك مما في الشرائع والشيخ منع من الحوالة به على العبد وأطلق الجواز تعجيز نفسه فلا يمكن الزامه بالاداء فيكون مخالفا فيما نحن فيه فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ وقبله على اشكال ﴾ ونحوه ما في الشرائع والايضاح من عدم الترجيح والجواز خيرة التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان لانه مال ثابت بعقد لازم وتمنع انه يجوز له تعجيز نفسه ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار وقد سمعت أن الشيخ أطلق المنع وتبعه على ذلك القاضي فيما حكي ووجه الاشكال مما ذكر ومما استند اليه الشيخ من أن مال الكتابة ليس بدين ثابت لان للمكاتب اسقاطه بالتعجيز وزيد له امكان موته قبل حلول النجم فيظهر عدم استحقاقه فليتأمل في الوجه الثاني فانه لايناسب على مختار المصنف ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أحال المكاتب سيده بثمن ماباعه جاز ﴾ معناه كما في جامع المقاصد

ولو كان له على أجنبي دين فاحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع ويبرأ المحال عليه ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين (متن)

انه اذا أحال المكاتب سيده على انسان بمال الكتابة صحت الحوالة و به صرح في المبسوط وحكى عليه الاجماع في التحرير وظاهر التذكرة حيث قال عندنا وعند كثير من العامة (قلت) فيتحرر و يكون ذلك بمنزلة الاداء سواء أدى المحال عليه أولا حتى لو أفلس به لانه أحاله على مال مستقر وقد قيل فيبرأ كما في التذكرة وغيرها و يحتمل أن يكون معنى العبارة أن المكاتب أحال سيده بثمن الثوب مثلا الذي باعه السيد للمكاتب كما في الشرائع قال فيها ولو باعه السيد سلعة له فأحاله بثمنها جاز وخص البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى تنبيها على خلاف الشيخ في المبسوط في مسئله البيع حيث انه يمكن فسخ الكتابة بناء على أصله من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيأ على عبده بخلاف مالو باعه أجنبي وأحاله على المكاتب بثمنه فانه لاسبيل له الى اسقاطه ولو فسخت الكتابة فانه يثبت في ذمته و به يرتفع التكرار الذي نبه عليه في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان له على أجنبي دين فاحاله عليه بمال الكتابة صح لانه يجب تسليمه ﴾ هذا صرح به في المبسوط وغيره وقال في (جامع المقاصد) قد كان هذا مغنيا عما قبله لان الدين شامل للثمن وغيره ومعنى قوله يجب تسليمه أنه يجب على المديون تسليم ماللمكاتب عليه أو الى من يرتضيه والشهيد فهم من العبارة أن المولى أحال الاجنبي المديون المكاتب على المكاتب بمال الكتابة وشرط في الصحة اجازة العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قضى المحيل الدين بمسئلة المحال عليه رجع عليه وان تبرع لم يرجع و يبرأ المحال عليه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية ووجهه ظاهر لان الحوالة لما كانت ناقلة صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءة ذمته فاذا أداه بعد الحوالة كان كمن أدى دين غيره بغير اذنه فيشترط في جواز رجوعه عليه مسئلته والا كان متبرعا وبرأ المحال عليه من الدين ونبهوا بذلك على خلاف أبي حنيفة وأصحابه حيث قالوا لايكون متبرعا و يكون له الرجوع به لان الدين باق في ذمة المحيل من طريق الحكم وان برأ في الظاهر وهو غلط لانه لو كان الحق باقيا في ذمته حكما لملك مطالبته الى غير ذلك من المفاسد المخالفة لقواعد الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طالب المحال عليه المحيل بما قبضه المحتال فادعى شغل ذمته قدم قول المنكر مع اليمين ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية لان الحوالة جائزة على البريء فلم تقتضي باطلاقها ثبوت دين كذلك فالقول قوله مع يمينه عملا بأصل البراءة ولا معارض له الا الظاهر اذ الظاهر أنه لو اشتغال ذمته لما أحيل عليه والاصل مقدم على الظاهر وانما يتخلف في مواضع نادرة ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه تعارض أصل صحة العقد وأصل البراءة وفي (جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان) انهما يتساقطان و يبقى مع المحال أداء دين المحيل باذنه فيرجع عليه ولا يمنع وقوع الاذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها لاتفاقهما على الاذن وانما اختلفا في أمر آخر فاذا لم يثبت ما اختلفا يبقى ما اتفقا عليه من الاذن في الوفاء المقتضي للرجوع (قلت) أصل

ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع ارفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا أنها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب (متن)

صحة العقد قد ورد على أصل البراءة فينقطع به اذ المفروض من اتفاقهما على وقوع العقد الجامع للاركان كما هو الشأن فيما لو اختلفا في صحة البيع وفساده كما لو ادعى فقد شرط كجهالة الثمن ونحوها فان القول قول مدعي الصحة وان كان الاصل بقاء الملك على مالكه والاصل براءة ذمة كل واحد منهما من وجوب التسليم فالقول قول المحيل حينئذ كما هو خيرة التذكرة واحتمال اطلاق الحوالة هنا مجازا على غير ذات الشغل لايمكن الاستناد اليه لما فيه من الفساد في سائر الابواب و بالغ في جامع المقاصد فقال سيأتي بيان عدم الاعتداد بأصل الصحة عن قريب يعني في مقابلة أصل البراءة وقد لحظنا ما يأتي له فلم نجد له ما يبين منه عدم الاعتداد بهذا الاصل الا ما ذكره في شرح قوله ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين وذلك في مقام آخر لا يشبه ما نحن فيه بل كلامه هناك يؤيد هذا الاصل ويشيده في مثل ما نحن فيه فليلحظ ذلك نعم تقدم له في باب الضمان ويأتي له في الاجارة أن أصل الصحة في العقود انما يتمسك به بعد استكمال أركانها كما تقدم بيانه مفصلا وما نحن فيه في غير الاركان ثم انا نقول كما سيأتي أن الحوالة اذا بطلت لم يبق الاذن لان بناء البقاء على أن الخاص اذا ارتفع يبقى العام (وفيه) أن الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ما تضمنه ولا كل الوكالة والشركة كما سيأتي بيان ذلك كله عند تعرض المصنف له وليعلم أن المحال عليه اذا كان بريء الذمة لايرجع على المحيل الا بعد الاداء لان الحوالة حينئذ في معنى الضمان ولهذا عبر في الشرائع وغيرها بالاداء ﴿قوله﴾ ﴿ولو احتال البائع ثم ردت السلعة بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانه نوع أرفاق فاذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحا ثم فسخ فانه يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب فانه يرجع بالثمن لا الثوب﴾ لا فرق بين الفسخ بخيار العيب وغيره من أنواع الخيار والاقالة والفسخ بالتحالف ونحو ذلك مما لا يبطل البيع من أصله بل من حينه لكن المحقق والمصنف مثلوا بالعيب تبعاً للشيخ في المبسوط والعامة ومعنى العبارة أن زيداً باع عبداً مثلاً بمائة درهم لعمرو ثم أن عمراً أحال زيداً بالمائة على بكر ثم أن عمراً وجد في العبد عيباً سابقاً على العقد أو لاحقاً على وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان فرده أي رد المشتري العبد بالعيب وفسخ البيع فالشيخ في المبسوط قال بطلت الحوالة لانها تابعة لصحة البيع فاذا بطل بطلت الحوالة وفي (مجمع البرهان) أنه أي البطلان أقوى واليه يرجع كلام الايضاح وجامع المقاصد وكل من قال أن الحوالة استيفاء كما ستعرف والمحقق في الشرائع والمصنف في الارشاد ترددا وكذلك التحرير والتذكرة وغاية المراد والمسالك حيث لاترجيح فيها (وقال فخر الاسلام) في شرح الارشاد أن البطلان أولى (حجة الشيخ) ماحكيناه عنه من أنها تابعة للبيع ومترتبة على شغل ذمة

فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك والوكالة عقد مخالف للحوالة بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالاذن وهما مختلفان وبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه (متن)

الدين وقال المقدس الاردبيلي يمكن أن لا يكون للمحيل استحقاق الاخذ من البائع لبطلان الحوالة فيكون المطالب هو المحال عليه وهو غير بعيد على تقدير الاخذ بعد البطلان واما انه عليه بدله ان تلف فلانه قبضه بدلا عن دينه الذي هو الثمن فكان قادما على ضمانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبضه فهل يقع عن المشتري يحتمل ذلك ﴾ لانه كان ماذونا في القبض بجهة فاذا بطلت بقي أصل الاذن والاصح العدم لان الاذن الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه كما ذكر ذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وحاصل ما ذكروه جميعا أن البائع اذا خالف وقبض مال الحوالة الذي قلنا انه ليس له قبضه فانه لا يقع له قطعا لانه لا استحقاق له وهل يقع عن المشتري بحيث يتعين له بهذا القبض فيه احتمالان (أحدهما) انه يقع لانه كان ماذونا في القبض لحقه بالحوالة فاذا بطلت بقي أصل الاذن لان الخاص اذا ارتفع يبقى العام (والثاني) العدم لان الاذن العام انما كان في ضمن الاذن الخاص والاذن الضمني لا يقوم بنفسه فيرتفع بارتفاع ماتضمنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والوكالة عقد مخالف للحوالة ﴾ ومثله قال في التذكرة ويريد أنا لو قلنا بوقوع القبض وجوازه بالاذن فانما يكون عن المشتري بوكالة منه لانه يكون قد استنابه في القبض عنه وليس لهذه الوكالة ما يقتضيها الا الحوالة وهي لا تقتضي الوكالة لانهما عقدان متغايران وقد يقال لا حاجة الى هذا بعد فرض انتفاء الاذن الضمني ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف ما لو فسدت الشركة والوكالة فان الاذن الضمني يبقى ويصح التصرف لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق لا للمحيل بالأذن وهما مختلفان وبطلان احدهما لا يفيد حصول الآخر وفي الشركة يتصرف بالاذن فاذا بطل خصوص الاذن بقي عمومه ﴾ هذا ذكره في التذكرة في فرع فرعه على المسئلة وقد اوضحه الشهيد في حواشيه والمحقق الثاني في جامع المقاصد وكذلك صاحب المسالك بانه جواب سؤال مقدر صورته انه كيف انتفى الأذن في قبض المال المحال بطروّ بطلان الحوالة مع ان الأذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدتين كما لو وكله في التصرف اذا جاء رأس الشهر وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص احدهما بالخسر ان فيعتبر الاذن الضمني فيهما ويحكم ببقائه (والجواب) بالاختلاف بينهما وبين الحوالة لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق والمحيل بالأذن وهما أي قبضه لنفسه بالاستحقاق وقبضه للمحيل بالاذن مختلفان لان احدهما حوالة والآخر وكالة فبطلان احديهما لا يفيد حصول الآخرى قطعاً اذ من المعلوم البين أن الحوالة لم تتضمن التوكيل كما أن البيع لا يتضمنه فاذا بطلت الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضى له اما في الشركة والوكالة فلا واقتصر المصنف على ذكر الشركة ايثارا للاختصار واعتمادا على حصول المراد بذكرها فانه يتصرف بالأذن حيث استنابه في التصرف فاذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عمومه (ثم قال في جامع المقاصد) والحق ان الذي يحصل مما ذكره هو ان بقاء عموم الاذن في التصرف في الوكالة والشركة اذا

ولو أحال البائع رجلا على المشتري فالاقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا (متن)

فسدنا اقرب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدة البعد بينهما اما صحة بقاء الاذن الضمني فيهما بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعائه بقاء عموم الاذن فليس بظاهر لامتناع بقاء الضمني بعد ارتفاع المطابقي الا بدليل يدل عليه غير كونه ضمينا ونحو ذلك ما في المسالك (قلت) هما قولان مشهوران في باب الوكالة منشأ البقاء كون الفاسد انما هو العقد اما الاذن الذي هو مجرد اباحة تصرف فلا كما لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال بع كذا على ان لك العشر من ثمنه فتفسد الوكالة دون الأذن وان الوكالة اخص من مطلق الاذن وعدم الاخص اعم من عدم الاعم ومنشأ العدم أن الوكالة ليست امرا زائدا على الاذن وما يزيد عنه مثل الجعل امر زائد على الوكالة لصحتها بدونه فلا يعقل فسادها مع صحته أي الأذن لكن المصنف هنا وفي التذكرة في موضعين منها والمختلف وغيره ذهب الى صحة التصرف بالأذن الضمني وهذا حديث اجمالي والتفصيل في بابه انشاء الله تعالى ﴿قوله﴾ ﴿ ولو احال البائع رجلا على المشتري فالاقرب عدم بطلان الحوالة بتجدد الفسخ لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين سواء قبض أم لا ﴾ عدم بطلان الحوالة هنا خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والارشاد وشرحه لولد المصنف وجامع المقاصد والايضاح والمسالك وقد حكي في التحرير والاخيرين عن الشيخ دعوى الاتفاق عليه والموجود في المبسوط لم تبطل الحوالة بلا خلاف والظاهر ان مراده بلا خلاف بين العامة لانه ذكر خلافهم في العكس أو ان مراده بلا خلاف بينه وبين العامة والا فهذا الفرع ما الم به احد منا قبله نعم الاجماع محكي صريحا في شرح الارشاد لفخر الاسلام ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد قبض اولا لانتقال الملك بدون القبض واحتمل في التحرير بطلان الحوالة أن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن ثم احتمل الصحة والوجه في المسئلة بعد ما سمعته عن المبسوط انه لا يشترط شغل ذمة المحال عليه كما مر فاذا بطل البيع لم تبطل الحوالة لانها من حين البيع الى حين بطلانه حوالة على مشغول الذمة ومن حين البطلان صارت على بريء فلا تحتاج الى بقاء شغل الذمة وقد وجهه في المبسوط والشرائع والكتاب وغيره بانها تعلقت بغير المتعاقدين وقد اشاروا به الى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الاجنبي على المشتري فان الحق في الاول كان مختصا بالمتعاقدين بسبب المبيع فاذا بطل السبب بطل التابع لان الحوالة انما كانت طريقا لاستيفاء البائع الثمن فلم يتعلق بذلك حق ثالث بخلاف حوالة الاجنبي فانها لا تبطل وان حكم بالبطلان ثمة لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين حيث أن الثمن صار مملوكا للاجنبي قبل فسخ العقد كما لو باع البائع الثمن لشخص آخر (قلت) هذا يتوجه (يتجه خل) حيث يسبق القبض الرد وصاحب الايضاح لم يقول الاعلى اجماع الشيخ قال لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة وقد عرفت حال هذا الاجماع وخلاف الاقرب احتمال البطلان لان استحقاق المحال فرع على استحقاق المحيل وقد بطل ولان الاحالة انما هي بالثمن (ورد في جامع المقاصد والمسالك) بانه فرع وقت الحوالة لا مطلقاً أي لا بعد الحوالة لأفادتها الملك حين وقعت بغير معارض وقد سمعت ما في التحرير وانت خبير بانه على القول باشتراط شغل ذمة المحال عليه يجيء الاشكال و يقوى احتمال البطلان بل قد يقال على القول بعدم الاشتراط ان المشتري ما قبل الحوالة

ولو فسد البيع من أصله بطلت الحوالة في الصورتين ويرجع على من شاء من المحتال والبائع ﴿فروع﴾ الاول لو أحال بثمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة ويرد المحتال ما أخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع وان كذبهما المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بنيته الحسية فكذلك (متن)

الا باعتقاد شغل ذمته فيكون كأنه قد اشترط ذلك ويرشد اليه ما سيأتي فيما اذا بطل العقد من اصله في هذه الصورة فليس ذلك الاحتمال ظاهر الضعف كما في جامع المقاصد ولا بتلك المكانة منه كما في المسالك ولذلك عبر المصنف هنا وفي التذكرة بالاقرب وتوقف في التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو فسد البيع من اصله بطلت الحوالة في الصورتين ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وشرح الارشاد لفخر الاسلام وفيه الاجماع على بطلان الحوالة فيما اذا احال البائع اجنبيا وظهر فساد البيع والمراد بالصورتين والموضعين فيما عبر فيه بذلك ما اذا احال المشتري البائع وما اذا أحال البائع أجنبيا وقد وجهوه بأن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين فاذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الامر في ذمة المشتري (قلت) اذا جازت الحوالة على البريء لم يتجه هذا التوجيه في الصورة الثانية نعم يتجه في الاولى لان من شرطها أن يكون المحيل مشغول الذمة فالوجه فيه بعد الاجماع المنقول انه انما أحاله على الثمن الذي في ذمة المشتري باعتقاد ذلك مع انه لاشغل في نفس الامر والواقع فلم تقع الحوالة موقعها بخلاف صورة طريان الفسخ فان الشغل ثابت حين العقد والدوام غير شرط فتأمل ولا تغفل عما ذكرناه في وجه احتمال عدم القرب في المسئلة السابقة ولا يخفى أن الحوالة وقعت في نفسها باطلة لانها بطلت بظهور بطلان البيع كما هو ظاهر العبارات ولهذا قال في جامع المقاصد قد كان الاحسن أن يقول ولو فسد البيع فالحوالة باطلة والامر في ذلك سهل ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويرجع على من شاء من المحتال والبائع ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك أما رجوعه على المحتال فلأنه قد وضع يده على المال وأما رجوعه على البائع لو كان القابض محتاله فلانه أوفاه للمحتال عما في ذمته فقبضه منسوب اليه بل قيل انه أقوى ولهذا يمنع من حبس المبيع بعد الحوالة بالثمن وليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض حينئذ لصدوره باذنه ﴿فروع﴾ هذه فروع أربعة بها يتم الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاول لو أحال بثمن العبد على المشتري وصدق الجميع العبد على الحرية بطلت الحوالة ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة ومعناه انه باعه عبدا وأحال البائع غريمه بالثمن على المشتري ثم ادعى العبد الحرية وصدقه المحيل والمحتال والمحال عليه ولا ريب أن الحوالة حينئذ تكون باطلة لاتفاقهم على بطلان البيع واذا بطل من أصله لم يكن على المشتري ثمن ويجيء فيه ماتقدم من الحوالة على البريء وكذلك الحال لو تصادقوا على الحرية وان لم يدعها العبد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويرد المحتال ماأخذه من المشتري ويبقى حقه على البائع ﴾ لاريب انه اذا بطلت الحوالة رد المحتال على المشتري ماأخذه منه وبقي حقه على البائع كما كان كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كذبهما المحتال وأقام العبد بينة أو قامت بينته الحسية فكذلك ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذلك المبسوط والتحرير ومعناه أن المحتال اذا كذب البائع والمشتري في كون العبد المبيع حرا فاما أن تقوم البينة على الحرية أولا فان قامت بطلت الحوالة كما لو تصادقوا ووجب رد ماأخذه

وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة الا مع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله ولو فقدت البينة فلهما احلافه فيأخذ المال من المشتري (متن)

المحتال على المشتري وهو معنى قوله فكذلك وهذه البينة تتصور بأن يقيمها العبد لان العتق حقه وان يبتدأ بها الشهود على سبيل الحسبه أي اقامة للمعروف ودفعا للمنكر فتشهد عند الحاكم من غير دعوى مدع فان ذلك جائز محافظة على دفع المنكر ويأتي ما اذا فقدت البينة ﴿قوله﴾ ﴿وليس للمتبايعين اقامتها لتكذيبها بالمبايعة﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه ليس للمتبايعين اقامتها بالحرية ولا تسمع منهما لانهما قد كذباها بالتبايع اذ بيع أحدهما وشراء الآخر قاضيان بالاعتراف بالرقية وقد أجمعوا على أن كل من كذب بينته بقول أو فعل لا تسمع منه اقامتها لكنه ينتفع بها العبد اذا أقاماها أو أقامها أحدهما ﴿قوله﴾ ﴿الا مع امكان الجمع كادعاء البائع عتق وكيله وادعاء المشتري عتق البائع مع جهله﴾ هذا جعله في التذكرة احتمالا قال ويحتمل أن يقيماها اذا أظهرا عذرا بأن يكون البائع قد وكل بالعتق وصادف البيع العبد معتوقا فان للبائع هنا اقامة البينة حيث لم يكن في اقامتها تكذيب وكذا لو ادعى المشتري عتق البائع وجهله أي ثم تجدد العلم بعد البيع وبه جزم هنا وفي جامع المقاصد ولم يذكر في المبسوط والتحرير ولعل الاولى ذكره اذ لو كان الامر كذلك لا سبيل الى ذلك الا ذلك ﴿قوله﴾ ﴿ولو فقدت البينة فلهما احلافه فيأخذ المال من المشتري﴾ قال في (التذكرة) وان لم يكن بينة لم يلتفت الى تصادقهما في حق المحتال كما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه انه كان حرا لم يقبل قوله على المشتري لكن لهما تحليف المحتال على نفي علم العتق فان حلف بقيت الحوالة في حقه ولم يكن تصادقهما حجة عليه الى ان قال وان نكل حلف المشتري ثم ان جعلنا اليمين المردوده كالاقرار بطلت الحوالة وان جعلناها كالبينة فالحكم كما لو لم يحلف لانه ليس للمشتري اقامة البينة وقال في (جامع المقاصد) بعد ان فسر عبارة الكتاب هل يشترط في صحة دعواهما عليه العلم وطلب حلفه على نفيه اظهار ما به يندفع التنافي ويمكن الجمع أم لا عبارة المصنف هنا محتملة وان كانت أظهر في اشتراط ذلك حيث انه بناء على فقد البينة ووجود البينة انما يعتد به بالنسبة اليهما بعد اظهار ما يندفع به التنافي وفي (التذكرة) صرح بانه لو نكل المحتال حلف المشتري قال ثم ان جعلنا اليمين المردودة الى آخر ما حكيناه عنها قال وفيها كلامان هذا احدهما أعني تحليف المحتال ومع نكوله فالمشتري وان لم يظهر العذر الرافع للتنافي الثاني انه حكم بحلفه على كل حال ويكون وجود اليمين كعدمها على تقدير ان المردوده كالبينة فلا يكون لهذه اليمين فائدة اصلا على هذا التقدير والمعروف ان من كذب أقراره دعواه لا تسمع دعواه أصلا فينبغي تحقيق ذلك انتهى (قلت) عبارة التذكرة كعبارة الكتاب في بناء التحليف على فقد البينة بل لعله أظهر لمكان الاستدراك من النفي ولعل توسيط التمثيل لا يضر بالتفريع والاستدراك ولعل قوله والمعروف الى آخره راجع الى الكلام الاول الذي اورده على التذكرة وهو ان التبايع قضى باقرارهما واعترافهما بالرقية فلا تسمع دعواهما العلم على المحتال وان لم يظهر العذر ونحن نقول ان دعوى العلم تسمع لانها دعوى أخرى ثم انه على ما بيناه من ان العبارتين متساويتان يسقط ذلك ولا يكاد يتجه رجوعه الى غير ذلك ولم يحكم في التذكرة بالحلف عليه على كل حال وانما قال حلف المشتري ومعناه ان له الحلف وله الترك كما هو المعروف فقد بين ان له ان يحلف اذا شاء وكان قاضيه ممن يرى ان اليمين المردودة كالاقرار وان

وفي رجوع المشتري على البائع اشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن أنه قضى دينه باذنه ولو صدقهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لان الاصل صحة الحوالة (متن)

كان القاضي ممن يرى انها كالبينة لا يحلفه لان وجودها كعدمها والحاصل ان غرضه بيان أحكام المسئلة للحاكم حتى لا يغفل كما هو الشأن في غيرهما كما هو واضح وليس غرضه التسجيل عليه أي المشتري بالحلف على كل حال ثم ان الأمر للقاضي لا له فالامر أوضح من ان يحتاج الى بيان وهذا تحقيق ما أحب تحقيقه نعم قد يتجه عليه في التذكرة ما تقدم منا غير مرة من ان اليمين المردودة أصل برأسه على انها لو كانت هنا كالبينة كانت مقبولة لانها تقبل لو اقاما على انه يعلم عتقه وقد قلنا انه اذا ادعى ذلك سمع منه لأنها دعوى أخرى كما اعترف به في التذكرة والا لما صح لهما تحليفه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي رجوع المشتري على البائع أشكال ينشأ من أن المظلوم يرجع على من ظلمه ومن انه قضى دينه باذنه ﴾ اذا حلف المحتال على نفي العلم بالعتق أخذ المال المحتال به من المشتري وهل يرجع به المشتري على البائع استشكل المصنف هنا وجزم في التذكرة وجامع المقاصد بالرجوع اذا دفع المحتال لانه قضى دينه باذن شرعي والدفع واجب عليه وربما اجبره الحاكم عليه وقرب في الاول عدم الرجوع قبل الدفع وهو ظاهر وكان ينبغي الجزم به ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صدقهما المحتال وادعى ان الحوالة بغير الثمن صدق مع اليمين لان الاصل صحة الحوالة ﴾ كما في المبسوط والتحرير وحاصل ماذكروه ان المحتال صدق البائع والمشتري على ان العبد حر وادعى ان الحوالة بغير الثمن فقد حصل الاختلاف في صحة الحوالة وفسادها والاصل الصحة فيقدم قوله بيمينه لان دعواه موافقة للأصل وهو كلام جيد متين جار في جميع سقوق المسئلة (وعساك تقول) انه تقدم غير مرة ان اصل الصحة لا يتمسك به الا بعد تمام أركان العقد والمشتري يدعي فساده لعدم تمامية الاركان (لانا نقول) ان هذا جاء بالاخرة والا فهو معترف بانه كان صحيحاً ظاهرا ثم انكشف فساده فليتأمل في ذلك جيدا اذ قد لا يكون ذلك مبنيا على ذلك (واعترضه في جامع المقاصد) بما حاصله ان هذا يتم فيما اذا ادعى المحتال الحوالة بدين آخر على المشتري والمشترى مقر باصل الدين ولكنه ينكر الحوالة به وادعى المحتال وقوعها على المشترى مع خلو الذمة (اما الاول) فلأنه ليس في طرف المشتري اصل ولا ظاهر ومع المحتال أصل الصحة واما أصل براءة ذمة المحال عليه من دين المحتال فقد قطعه أصل صحة الحوالة التي اعترف بها وبقي الاختلاف في الفساد موجبا لليمين على من ينكره ومنه يعلم حال الثاني قال وأما اذا ادعى الحوالة بدين آخر وانكره المحال عليه فقد قيل انه قد تعارض أصل الصحة واصل البراءة ويمكن ان يقال بمنع تعارض الاصلين اذ لا يلزم من كون الحوالة بغير دين في الذمة فسادها بل هو اعم من الفساد لما عرفت من ان صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فيبقى أصل البراءة بغير معارض فيقدم قول المحال عليه بيمينه وهذا متجه وهو خيرة التذكرة انتهى ومعناه على ما اقتضاه تقسيمه ان المحال انما يدعي الحوالة بهذا الدين الخاص والمحال عليه ينكر ذلك فالاصل براءة ذمته من هذا الدين الخاص والحوالة به ولا ينكر الحوالة المطلقة ويقول انها فاسدة لان صحة الحوالة لا تستلزم شغل الذمة فلا معارض لاصل البراءة فكانت الحوالة صحيحة والدين غير ثابت فلا تعارض وفيه بعد الغض عما فيه ان مراد القائل بأصل البراءة اصل

فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن ان قبلت لانهما لم يكذباها الثاني لو جري لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعي المحيل قصد الوكالة فالاقرب تقديم قول المحيل لانه اعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ (متن)

البراءة من وجوب الاعطاء والدفع الى المحتال لأنه هو محل نظره وغاية قصده وهذا يعارضه اعترافه بالسبب المقتضي لذلك وهو الحوالة سواء كانت واردة على شغل ذمة أولا فان الاصل فيها الصحة فيقطع أصل البراءة لو روده عليه قطعا فالمدار على وجوب الاعطاء وعدمه لانه هو محل البحث ثم ان ما حكاه عن التذكرة انما هو فيما اذا ادعى البائع ان الحوالة على المشتري بدين آخر لا المحال عليه الا ان تقول ان أراد في جامع المقاصد ذلك لكنه يمنع منه تقسيمه فتأمل جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أقاما بينة ان الحوالة بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ﴾ كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ومعناه انه لو أقام البائع أو المشتري أو أحدهما بينة بكون الحوالة انما هي بالثمن الذي تضمنه البيع حيث ادعى المحتال ان الحوالة بغيره فانها تقبل كما تسمع دعواهما بذلك لانهما لم يكذباها فان كون المبيع حرا لا يقتضي عدم وقوع الحوالة بما سمي ثمنا في مقابله غاية ما هناك انهما يدعيان فساد الحوالة فتثبت بالبينة ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو جرى لفظ الحوالة واختلفا بعد القبض فادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة فالاقرب تقديم قول المحيل لانه أعرف بلفظه وقصده واعتضاده بالاصل من بقاء حق المحيل على المحال عليه وحق المحتال على المحيل ويحتمل تصديق المستحق عملا بشهادة اللفظ ﴾ لو جرى بين اثنين لفظ الحوالة مع العقد فان كان قال له أحلتك بالمائة التي لك علي على زيد فهذا لا يحتمل الا حقيقة الحوالة فالقول قول مدعيها قطعا كما في التذكرة والتحرير وان كان قال له احلتك بالدين الذي لي قبل زيد او احلتك بمائة على زيد فادعى المحتال ان اللفظ الذي صدر بينهما من لفظ الحوالة أريد به الحوالة وادعى المحيل قصد الوكالة بلفظ الحوالة فالذي في المبسوط تقديم قول المحيل وقد قربه المصنف هنا وقد نسبه في المسالك الى الشيخ وجماعة ولم نعرفهم ولا وجدنا ناقلا عنهم وفي (الشرائع والكفاية) التردد وكذا التذكرة حيث لا ترجيح فيها وفي (التحرير وجامع المقاصد) اختيار ترجيح قول المحتال وهو الاحتمال المذكور في الكتاب (حجة الشيخ) ماذكره المصنف من انه اعرف بلفظه باعتبار استعماله في المعنى الحقيقي وغيره وكذا هو اعرف بما قصده اذ لا يعلم قصده الا من قبله وان قوله معتضد بأصل بقاء حق المحيل على المحال عليه واصل بقاء حق المحتال على المحيل (واعترضه في جامع المقاصد) بما نبه عليه في التذكرة من أن اللفظ الواقع مجردا عن القرائن يجب حمله على حقيقته لان الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا أراد المجاز فالتجرد دليل ارادة الحقيقة والا لزم الاغراء بجهل المقصود والاصل خلافه فدعواه بعد ذلك مخالفة للاصل على ان هذا لو قدح لقدح في جميع الابواب من بيع وصلح واقرار ونكاح وغيرها وان الاصلين قد زالا بالحوالة الصادرة بينهما التي هي الاصل فيها الحقيقة والصحة ولو قدح هنا في البيع وغيره اذا وقع الخلاف بعد صدوره انتهى وقد اجهد نفسه صاحب المسالك واطال في رده واصلاح كلام الشيخ والمصنف فجوز ان تكون الحوالة لفظا مشتركا بينها وبين

ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعا ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال (متن)

الوكالة أما لان الوكالة تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة والحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة الى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال أو لان دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين وانما الكلام في المعنى الزائد على الاذن وهو تحويل الحق ثم استشعر بان المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند اطلاقه هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة الوكالة الا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها دون الوكالة (وأجاب) بان هذه العلامة لاتتم في المشترك (قلت) وهو كذلك لانه مع وجود قرينة تعين احد معانيه يتبادر الذهن الى ارادته مع عدم كونه في الآخر لكن الشأن في اثبات الاشتراك وما ذكره في اثباته لا يجدي ثم استشعر بان الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة والشرعية مقدمة و يعضدها دلالة العرف والقرينة مقدمة (واجاب) بان دلالتها على الوكالة ايضاً بطريق الشرع لان الوكالة شرعا حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق و باي لفظ دل عليه وان وافقها مع ذلك اللغة وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة ثم استشعر ان ذلك يستلزم كون الحوالة مشتركة والمجاز خير من الاشتراك (ثم اجاب) بان ذلك غير مجمع عليه على ان ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وقد اثبتناه فيكون دعوى المحيل الوكالة خلاف الظاهر ودعوى المحتال الحوالة موافقة للظاهر لكن هذا لا يندفع به الاصلان المتقدمان فيرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر والاصل مقدم أنتهى كلامه مع اختصار فيه (وفيه) نظر من وجوه (منها) أن الحقيقة الشرعية ليست ثابتة في الحوالة ولا الوكالة كما اوضحناه في كتاب الرهن وقد حرر في فنه (ومنها) أن الحقيقة الشرعية انما تقدم على العرفية في كلام الشارع لا في كلام المتعاقدين نعم لو عرفا اصطلاح الشارع واوقعا العقد عليه كان المرجع اصطلاح الشارع لكن لا من جهة تقديمه على اصطلاحهما بل من جهة تعينه كما لو اوقعاه باصطلاح طائفة اخرى (ومنها) ان ظاهر اللفظ يقطع الاصل اصل براءة كان أو غيرها كظاهر الشرع واذا أدعى انه اقام قرينة وانه فهم منها مراده ونسي فالاصول تنفي ذلك كله نعم ظاهر الحال لا يقطع الاصل وكيف كان فتقديم قول المحتال اشبه بالاصول المقرره والضوابط المحررة ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعاً﴾ كما في الشرائع وقال في (جامع المقاصد) أن هذا في غاية البعد وما قطع به غير ظاهر لان اختلافهما قبل القبض و بعده لا يجدي فيه فرقا لان عقد الحوالة من العقود اللازمة فاذا صح وحمل على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار ملكه وقال في (المسالك) يمكن أن يكون قطع المحقق من جهة ترجيح الاصل لانه الغالب معتضدا باصالة عدم ملك المحتال له بخلاف ما في يده وهوكما ترى (ووجه) الفرق في جامع المقاصد بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يثمر الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (ورده) بان نفس الحوالة استيفاء ومثمرة للملك وان لم يحصل القبض حتى لو اراد المحيل بعد كمال الحوالة دفع البدل توقف على رضا المحتال وليس هو كالايفاء بغير الحوالة فان الملك فيه متوقف على القبض ومن ثم يجوز له الابدال قبله ﴿قوله﴾ ﴿ولو انعكس الفرض قدم قول المحتال﴾

ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق أحلتني وقال المديون وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون فان لم يكن قبض فليس له ذلك لانعزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة أما لو قال المستحق وكلتني فقال لا بل أحلتك صّدق منكر الحوالة باليمين (متن)

كما في الشرائع وقال في (التذكرة) ولو انعكس الفرض بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة فقال المديون لزيد احلتك على عمرو وقال القابض بل وكلتني بقبض ما عليه وحقي باق عليك وتظهر الفائدة عند افلاس عمرو فالوجهان في المسئلة الاولى على العكس فكل من قال في المسئلة الاولى القول قول مدعي الوكالة قال هنا القول قول مدعي الحوالة و بالعكس ونحوه ما في التحرير والمحقق والمصنف هنا قالا بتقديم قول المحتال بيمينه عملا باصالة بقاء الحقين والمديون يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البينة (ورده في جامع المقاصد) بان الاصل في اللفظ الحقيقة والحمل على المجاز خلاف الاصل والمحيل اعرف بلفظه وقصده والاصل الذي ادعاه بالنسبة الى الحقين زال بالسبب الواقع بينهما ومن هذا علم ان ما اختاره هنا ايضاً في غاية البعد مع مخالفته لما سبق من مجيئ الوجهين في المسئلة الاولى فلا اقل من مجيئهما (قلت) يمكن حمل عبارة الكتاب والشرائع على ما اذا اتفقا على جريان لفظ الوكالة اوادعاها المحتال وادعى المحيل قصد الوكالة وحينئذ فلا اشكال لكنه يدفعه التصريح في التذكرة في بيان العكس بما عرفت وكذا التحرير فتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ولو لم يتفقا على جريان اللفظ بل قال المستحق احلتني وقال المديون وكلتك في استيفاء ديني صدق المديون﴾ كما في التذكرة والتحرير والمبسوط وفيه انه لا خلاف فيه لان الاصل عدم الحوالة واستمرار حق القابض على المديون واستمرار حق المديون على الثالث ولا يعارض اصل عدم الحوالة اصل عدم الوكالة وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقيا واراد الابدال أو اراد التأخير للدفع الى بلد الدين اذا كانا في غيره ولم يشترط الاداء في غيره ﴿قوله﴾ ﴿فان لم يكن قبض فليس له ذلك لا نعزاله بانكاره الوكالة وله مطالبة المديون بالمال لئلا يضيع حقه﴾ اما انعزاله بانكاره الوكالة فقد وافقه عليه في جامع المقاصد وفيه تأمل مع اصرار المديون على دعواها بل احتمل في الاخير في باب الوكالة انه لو عزل نفسه في حضرة الموكل ولم يرض الموكل لم ينعزل فتأمل واما أن له مطالبة المديون بالمال الذي له عليه فلئلا يضيع حقه ولان الحوالة ان كانت هي الواقعة في الواقع فقد ظلمه بدفعه عن ماله وملكه واخذه منه وان كانت الوكالة هي الواقعة فلا ريب في بقاء حقه عليه ﴿قوله﴾ ﴿ويحتمل العدم لاعترافه ببراءته بدعوى الحوالة﴾ لان الحوالة تتضمن براءة المحيل فبدعواه اياها يكون قد اعترف ببراءة ذمة المحيل فكيف يطالبه وهذا الاحتمال ضعيف لانه يزعم انه ظلمه باخذ ماله كما عرفت قال في (جامع المقاصد) بعد ان اختار ان له مطالبته هذا الحكم في الظاهر وفيما بينه و بين الله يعتمد ما يعلم انه الحق (قلت) له مطالبته في الظاهر والواقع لانه ان كان الذي جرى بينهما عقد الوكالة فدعواه الحوالة لا تسقط حقه في الواقع لانها عقد يحتاج في الاسقاط الى ايجاب وقبول ورضا من الطرفين وان كان الذي جرى عقد الحوالة فوجهه ظاهر مما تقدم ﴿قوله﴾ ﴿اما لو قال المستحق وكلتني فقال لا بل احلتك صدق منكر الحوالة باليمين﴾ كما في المبسوط والتحرير لان الاصل عدم الحوالة والاصل بقاء الحقوق ومنكر الحوالة هنا المستحق وفيما قابله المديون فلو قال

وليس للمستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل فان كان قبض فالاقرب أنه يتملكه لانه جنس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه فلا أقل من أن يكون ذلك اذنا في التملك وان تلف احتمل عدم الضمان لان الوكيل أمين وثبوته لان الاصل ضمان مال الغير في يد آخر ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان الثالث لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالاقرب الصحة وان كان حالا (متن)

صدق المستحق ليكون الاختلاف بينها و بين ما سبق في تصديق المديون وعدمه لكان احسن ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للمستحق القبض لان انكار الوكالة يتضمن العزل ﴾ أي لو كان وكيلا لكن المصنف في باب الوكالة تأمل في كون انكارها عزلا وقال في (جامع المقاصد) هناك انه ليس عزلا على الاصح ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان كان قبض فالاقرب انه يتملكه لانه جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه فلا اقل من ان يكون ذلك اذنا في التملك قال الشهيد في حواشيه قوله يتملكه يحتمل معنيين احدهما الملك القهري لزعم صاحبه ذلك وهو من جنس الحق فهو في قوة التعيين بجهة مخصصة من جهات القضاء فعلى هذا لا يحتاج الى امر آخر الثاني جواز الملك ويتوقف حقيقة الملك على احد امرين اما انشاء المديون تعيينا كقوله خذ ما في يدك واما مما طلته بدفع غيره فيختار اخذه قصاصا لكن على الاول يدخل في ملكه قهرا وعلى الثاني يتوقف على الاختيار فله رده والمطالبة ببدله الا ان يشاء المديون تعيينها وقال في (جامع المقاصد) عندي أن الثاني بعيد اذ المتبادر من كلام المصنف تملكه من غير توقف على شيء آخر فاما ان يجعل زعم المديون بمنزلة التعيين ان لم يكن اقوى فيملكه القابض على طريق القهر أو يجعل ادعاء الحوالة المتضمنة لبراءة ذمته بحيث لا يستحق عليه المطالبة بعدُ مماطلة حيث انها اقوى اذ منكر الدين مماطل وزيادة فيسوغ له الاخذ مقاصة ثم قال وعلى كل حال فما قربه المصنف هو المختار هذا في المبسوط صرف اليه في مكان ملكه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان تلف احتمل عدم الضمان لان الوكيل امين وثبوته لان الاصل ضمان مال الغير في يد آخر ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان ﴾ يريد أن المستحق الذي قبض المال وحلف على نفي الحوالة ثم ان المال تلف في يده فانه يحتمل عدم ضمانه له لانه وكيل ثبتت وكالته بحلفه على نفي حوالته لان الحال دائر باعترافهما بين الحوالة والوكالة واذا بطلت احداهما ثبتت الاخرى فاذا ثبت انه وكيل وهي الصغرى ثبتت الكبرى وهي كل وكيل امين فلا يضمن وهو خيرة المبسوط ويحتمل ثبوت الضمان لان الاصل ضمان مال الغير ولا يلزم من تصديق المستحق في نفي الحوالة بيمينه تصديقه في اثبات الوكالة لانه قد تقرر عندهم ان اليمين لنفي شيء لا تكون لاثبات شيء آخر كما لو اقر الوكيل بالبيع وقبض الثمن بهما وانكر الموكل القبض فان الوكيل يحلف لاستئمانه فلو خرج المبيع مستحقا ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت وكالته عنده لم يرجع الوكيل على الموكل لان اليمين كانت لدفع الغرم لا لاثبات المال على الموكل فالقول الآن قول الموكل بيمينه وقد قوى المحقق الثاني الاحتمال الثاني وضعف الاول وفصل الشهيد فقال يضمن أن كان المقبوض من جنس الحق ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث لو شرط في الحوالة القبض بعد شهر فالاقرب الصحة وان كان حالا ﴾ أي وان كان الحق

﴿فرع﴾ لو أحال البريء على مشغول الذمة فهي وكالة تثبت فيها أحكامها وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ولو انعكس الفرض فان شرطنا الشغل فهو اقتراض (متن)

المشروط قبضه حالا كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والتذكرة وظاهر الاخير الاجماع عليه قال لو كان الدينان حالين فشرط في الحوالة ان المحتال يقبض حقه أو بعضه بعد شهر صح عندنا خلافا لاحمد لعموم قولهم عليهم السلام المؤمنون عند شروطهم ولان مبنى الحوالة على الارفاق وهذا مناسب لمقتضي العقد وتوجيه الصحة في الايضاح بكون الشرط سايغا يريد به انه غير مناف لمقتضى العقد فليس في معنى المصادرة ووجه غير الاقرب أن الحوالة انما هي لما عليه وهو حال (وفيه) ان حلوله لا ينافي اشتراط الاجل واقسام المسئلة بالنسبة الى الحلول والتأجيل اربعة وعليها اما أن يتجانس الحقان أولا وعلى التجانس اما أن يكون ربويين أولا ومضروب الثلاثة في الاربعة اثنا عشر والحاصل انه مع التأجيل فيهما وتوافق الاجلين تصح الحوالة قطعا كما في التذكرة (قلت) ولا بحث فيها عند من يجعلها اعتياضا وأما عند من جعلها استيفاء فلم تحصل حقيقته هنا الا أن يقول بصدقه بمجرد الانتقال وان تأخر القبض وان اختلفا في التأجيل صحت عندنا أيضا كما في التذكرة (قلت) ان كان الحق المحال به حالا والمحال عليه مؤجلا مع اتفاق الجنس فعلى الاعتياض يحتمل البطلان ومع اختلافه يصح وكذلك الحال في العكس ولو كانا حالين متفقي الجنس فشرطا الاجل فعلى المعاوضة يحتمل البطلان وعلى الاستيفاء ماتقدم وان كانا غير ربويين فعلى المعاوضة يصح وعلى الاستيفاء ماتقدم وهناك أقسام أخر بالنسبة الى تساوي أجلي الحقين واختلافهما والبحث فيهما ما تقدم ﴿فرع﴾ كثير الوقوع وهو انه لو شرط المحتال الرجوع على المحيل مع تعذر الاستيفاء فالوجه بطلان الشرط وفي بطلان الحوالة حينئذ اشكال كما في التحرير وكذا التذكرة ولعل الاصح بطلان الشرط والعقد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أحال البريء على مشغول الذمة فهي وكالة تثبت فيها أحكامها ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه لو قال صاحب الدين لمن لادين له عليه قد أحلتك بالدين الذي لي على فلان كان ذلك وكالة عبر عنها بلفظ الحوالة فلو مات المحيل بطلت وكان لورثته المطالبة بالمال وكذا لو جن كان للحاكم المطالبة بالمال ﴿ قوله ﴾ ﴿ وجازت بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود وهو استحقاق المطالبة ﴾ أي جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المقصود من الوكالة فيكون حينئذ العقد بالمجاز ولا يمتنع ذلك خصوصا في العقد الجائز ولا ريب انهما لا يشتركان في المقصود من الحوالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انعكس الفرض فان شرطنا الشغل فهو اقتراض ﴾ أي أحال مشغول الذمة على البريء بلفظ الحوالة فان شرطنا شغل ذمة المحال عليه في الحوالة ولم يكن المحال عليه مشغول الذمة كما هو المفروض كان ذلك اقتراضا ولا يكون حوالة لفقد شرطها ولا ضمانا لعدم لفظه ولانه لو جعل ضمانا لم يكن الشغل شرطا ويرجع الفرع على أصله بالابطال فعلى هذا يكون الصادر من المحيل استدعاء الاقتراض اذ لا أقرب الى الحوالة حينئذ من معنى الاقتراض ويكون الصادر من المحال عليه قبوله ولا يلزم القبول اذ لا يجب الوفاء بالوعد وان لم نشترط الشغل كان حوالة على البريء كما تقدم وفي (جامع المقاصد) ان انعكاس الفرض أن يحيل بلفظ الوكالة وهو كما ترى لا حاصل له على انه قال بعد ذلك انه اقتراض بلفظ الحوالة مجازا وفي (حواشي الشهيد) وان لم نشترط الشغل فهو

فان قبض المحتال رجع على المحيل وان أبرأه لم يصح لانه أبراء لمن لا دين عليه وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع المحال عليه على المحيل لانه غرم عنه ﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ويعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له (متن)

ضمان وجاز بلفظ الحوالة لاشترا كهما في المقصود منه فليفهم وقوله فهواقتراض يجوز أن يحمل على استدعاء القرض وعلى المال المدفوع الى المحتال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان قبض المحتال رجع على المحيل ﴾ أي رجع المحال عليه وهو المقرض على المحيل وهو المقترض وبه صرح في التحرير وجامع المقاصد لانه قرض ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان أبرأه لم يصح لانه ابراء لمن لادين له عليه ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد ووجهه ظاهر لانه لادين له عليه اذ المطلوب منه الاقراض فكان الابراء لغوا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان قبض منه ثم وهبه اياه رجع المحال عليه على المحيل لانه غرم عنه ﴾ وانما عاد المال اليه بعقد مستأنف كما في التذكرة والتحرير

﴿ الفصل الثاني في الكفالة ﴾

الكفالة بالفتح عقد صحيح عند عامة أهل العلم كما في التذكرة وهي ثابتة بالكتاب والسنة أيضا قال الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موثقاً من الله لتأتنني به) فطلب يعقوب من بنيه كفيلا ببدن يوسف عليه السلام وقال تعالى (فخذ أحدنا مكانه) وذلك كفالة بالبدن فتأمل وهي مكروهة كراهية شديدة كما هو المستفاد من الاخبار الكثيرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهي عقد شرع للتعهد بالنفس ﴾ قد طفحت بذلك عباراتهم أي التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له ويصح دخول الخيار فيه مدة معينة خلافا للتحرير بل كل شرط لا ينافيها وتصح فيه المعاطاة ولعلها تلزم في بعض الفروض ويشترط فيه الايجاب ككفلت لك بدن فلان ونحوه كضمنت لك احضاره أو التزمت باحضاره وأنا كفيل والقبول على الفور وكونهما بالعربية من كاملين كما صرح به جماعة لانه عقد لازم وفي (جامع المقاصد) انه سيأتي أنه يصح التكفيل بالاعيان المضمونة فلا يتناولها هذا التعريف (قلت) انما يأتي له صحة ضمانها لا كفالتها لكن قال في التحرير هي التعهد بالنفس غالبا ولعله أشار الى ماسنذكره عند قول المصنف بصحة كفالة بدن الصبي والمجنون من أنه تصح الكفالة ببدن الدابة اذا جنت على آدمي أو أتلفت مالا بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل قلنا بصحة كفالة الكتاب ونحوه لاقامة الشهادة على صورته وقد يكون أشار الى ماسنذكره في كفالة العبد الآتي (وقال فخر الاسلام) الكفالة في مذهبنا انما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي والحق أعم من أن يكون دينا أو عينا وقيل كل من يستحق احضاره الى مجلس الشرع فانه تصح كفالته على الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى دون الاول ﴿ قوله ﴾ ﴿ و يعتبر فيها رضا الكفيل والمكفول له ﴾ بلا خلاف كما في المفاتيح والرياض ولا نعلم خلافا في اشتراط رضا الكفيل وكذا يعتبر رضا المكفول له كما في التذكرة وقد حكى الاجماع عليهما جماعة ولعله لانهم فهموا منها نفي الخلاف بين المسلمين كما هو الظاهر (قلت) أما اشتراط رضى الكفيل فظاهر كما في مجمع البرهان لان اثبات حق له من دون رضاه على شخص آخر باطل وأما اشتراط رضى المكفول له فلان اثبات حق على شخص لا على وجه يثبت كونه قهريا

دون المكفول وتعيين المكفول فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو زيد أو عمرو بطلت وتنجيز الكفالة (متن)

يتوقف على رضاه ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون المكفول ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة وهو المشهور بين علمائنا وغيرهم كما في (المسالك) والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ونسبه الى باقي علمائنا في المختلف بعد أن نسب الخلاف الى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادريس والحاصل أنه لاخلاف الا من هؤلاء نعم قواه في التحرير (حجة المشهور) بعد ما سمعت مضافا الى الاصل والعموم ان غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب ومن المعلوم انه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه أو وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل ولا يشترط اذن الموكل عليه في التوكيل وانما قالوا انه بمنزلة الوكيل لانه لا يجب عليه الاحضار ولا يجب على المكفول الحضور مالم يطلبه المكفول له كما ستعرف الحال في ذلك كله (وحجة الشيخ) ومواقفيه انه اذا لم يأذن بها أولم يرض لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور وهذا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور مضافا الى الاصل (ورد) بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا كما في المسالك وفائدة الكفالة راجعة الى التزام الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقتصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لايجب عليه الحضور وان كان برضاه وسيأتي في كلام المصنف أنه لايجب عليه الحضور مع التبرع وعدم طلب المكفول له ومعنى التبرع أن يكفله من دون اذن منه واحتمل المحقق الثاني أنه يجب عليه الحضور مع التبرع لان التكفيل يقتضي التسليط على الاحضار وفيه نظر ظاهر لكن قد يؤيده انه قد يريد السفر البعيد بحيث لايتمكنان منه أو مع المشقة الشديدة فاذا لم يجز للكفيل منعه ولا يجب عليه الحضور اذا لم يطلبه منه يلزم منه الضرر العظيم على الكفيل فاذا لم يجوزوا هذا الضرر فالتسليط غير بعيد بل ينبغي القول باشتراط رضاه كما هو واضح الا أن تقول انه هو الذي أوقع نفسه في هذا الضرر على أنهم لا يجوزون لصاحب الدين منع المديون من السفر البعيد اذا كان دينه مؤجلا ولو حل بعد ذلك بزمن قليل جدا فتأمل جيدا هذا وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الاخيرين من وجوب المقارنة بل يكفي كيف اتفق كما مر نظيره و به صرح جماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتعيين المكفول ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك بل فيه انه لاخلاف فيه وقد يظهر من الباقين عدم اعتباره خصوصا ابن حمزة في الوسيلة لذكره لها شروط خمسة غيره ولعل تركه لظهوره كالكمال وفي (مجمع البرهان) ان دليله غير واضح وان الذي يظهر له جواز الترديد اذا كان المردد فيهم كلهم غرماء للمكفول له (قلت) لعل دليله انها على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ولا نسلم انه كان متداولا في زمن الصدور لما فيه من الضرر والابهام وكمال الغرر للمتعاقدين بالاعتبارات فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فلو قال كفلت أحدهما أو زيدا فان لم آت به فعمرو أو زيد أو عمرو بطلت ﴾ ونحو ذلك ما في الشرائع وما ذكر معها آنفا لاشتراك الثلاثة في أنه لا يسلم المكفول بعينه ويزيد الثاني بالتعليق وشرطها التنجيز وستسمع الحال في التنجيز ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتنجيز الكفالة ﴾ فلو قال ان جئت به فأنا كفيل لم يصح

ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة وتصح حالة ومؤجلة (متن)

علي اشكال لم يرجح أحد وجهيه في الايضاح والحواشي والمولى الاردبيلي لم يعتبره اذا حصل الشرط وفي (المبسوط والتحرير وجامع المقاصد) وكذا التذكرة اعتبار هذا الشرط قال في (المبسوط) لايجوز تعليق الكفالة بشرط (قلت) لعدم جواز مثله في مثلها لان التعليق يقتضي عدم الجزم بالكفالة ولان أثر السبب يجب أن يترتب على وقوعه والا لم يكن صحيحا ومع التعليق يمتنع ذلك ولان المعلق عليه يمتنع أن يكون جزء السبب والا لوجب كونه معه مع أن تراخي القبول ممنوع فكيف باقي الاجزاء فاذا امتنع ذلك امتنع اعتباره في العقد فيجب تأثيره بدون المعلق عليه والتعليق ينافيه لكونه مقصودا فلم يبق الا بطلان العقد كذا حرره في جامع المقاصد ونحوه مافي الايضاح لكن عموم أوفوا بالعقود يهدم ذلك كله نعم ان كانت شهرة على اعتبار هذا الشرط كانت شاهدة على عدم تداولها في زمن الصدور بدونه فالاشكال في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال أنا أحضره أو أؤدي ما عليه لم يكن كفالة ﴾ لانه وعد وليس بالتزام مضافا الى الاصل وقد تقدم مثله في الضمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتصح حالة ومؤجلة ﴾ اما صحتها مؤجلة فموضع وفاق كما في الروضة وكأنه لاخلاف فيه كما في مجمع البرهان والتأجيل كأن يقول كفلته الى شهر مثلا فيلزمه احضاره بعد انقضاء الشهر ولم يكن له مطالبته به قبله اما لو قال كفلته شهرا بمعنى اني آتيك به في ضمن الشهر فيكون الشهر ظرفا لاحضاره فانه يصح اذا كان المراد انه يحضره متى شاء المكفول له في مدة الشهر كما في التحرير (قلت) كما هو الشأن بعد حلول الاجل فانه يجب عليه احضاره متى شاء المكفول له وقد سماها في التحرير موقته والاولى مؤجلة وأما اذا كفله كذلك أي شهرا على ان يحضره متى شاء الكفيل فانها لاتصح لمكان الجهالة والغرر فالشأن فيه كالشأن في تأجيله بغير الوقت المنضبط وقد قالوا بمثله في السلم (وأما) صحتها حالة بمعنى انه لايشترط الاجل فهو خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع والمسالك والروضة ومجمع البرهان وكذا الكفاية وهو مذهب اكثر علمائنا كما في التذكرة والمشهور كما في مجمع البرهان والكفاية وهو حق اليقين كما في السرائر وهذه ممن لايعمل الا بالقطعيات تجري مجرى الاجماع وظاهر المفيد والشيخ في النهاية وابي حمزة في الوسيلة وسلار في المراسم انها لاتصح حالة وهو المحكي عن القاضي في أحد قوليه وبه جزم كاشف الرموز وحكاه عن التقي وهذه عبارة الشيخين لايصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل وظاهر النافع والتبصرة والمفاتيح التردد حيث اقتصر فيها على ذكر القولين وفي (السرائر والتحرير والتذكرة) انه اذا كفل مطلقا كانت صحيحة وكانت حالة وفي (السرائر) انه حق اليقين (حجة المشهور) العمومات واصل عدم الاشتراط مضافا الى ما في السرائر وفي (الرياض) ان حجة الشيخ والجماعة غير واضحة ولا مذكورة في كتب الجماعة عدى القياس على الضمان (قلت) يمكن ان يحتج لهم بان الكفالة لابد لها من فائدة فلو شرعت حالة لكانت خالية من فائدة اذ للمكفول له ان يطالب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربص وذلك يكون عبثا كما في كشف الرموز قلت لكنه لايكون عبثا في بعض الموارد سلمنا لكن اقصاه ان لا تكون لازمة فتكون صحيحة غير لازمة فاذا رضي بالتأخير لزمت كما يأتي مثله في كفالة المدعى عليه حقا اذا رضي بالتأخر وفي كفالة بدن المحبوس اذ لافائدة فيه فليلحظ ذلك مع تأمل وروية (وليعلم)

على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها أو كفيل يدعي عليه الكفالة أو صبي أو مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف وبدن المحبوس لا مكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس أو عبد آبق (متن)

انه على المشهور من انها تصح حالة ومؤجلة لافرق بين كون الحق حالا أو مؤجلا لكنه في الثاني يشترط رضا المكفول ﴿قوله﴾ ﴿على كل من يجب عليه الحضور مجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها﴾ أي فيجب بالكفالة السعي في احضارها فلولم يحضرها حبس لاغير كما سيأتي في كفالة بدن الميت والصبي والمجنون ولبعض العامة من الشافعية قول بالمنع بناء على ان الكفيل يغرم ماعلى المكفول لولم يرد وهو متعذر هنا وهذا ضابط ذكره في التذكرة قال والضابط في ذلك ان تقول حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول ببدنه فكل من يلزمه حضور مجلس الحاكم عند الاستعداد يستحق احضاره يحق الكفالة ببدنه وعليه نبه في المبسوط ﴿قوله﴾ ﴿أو كفيل يدعي عليه الكفالة﴾ كما في التذكرة أي وان لم تقم البينة عليه بالكفالة كما سيأتي مثله لان المنكر يجب عليه فصل الخصومه فاذا رضي بتأخرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها ليست لازمة اذا طلب الفصل في الحال وكذا الحال في غريم يدعى عليه المال كما سيأتي التنبيه عليه ولعله أولى بالذكر هنا ولعله أراد التنبيه على الخفي وهو صحة كفالة الكفيل أي المدعي عليه الكفالة ﴿قوله﴾ ﴿أو صبي أو مجنون اذ قد يجب احضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف﴾ أي لاقامة الشهادة على صورتهما في الاتلاف وغيره لانه ربما لم يكن الشاهدان بحيث يمكنهما تمييزهما بدون الاحضار فان كان كفل باذن وليهما فله مطالبة وليهما باحضارهما عند الحاجه وان كفل بغير اذنه فهي كالكفالة ببدن العاقل بغير اذنه وقد تقدم جوازه ولم يحضرهما حبس لاغير على الظاهر لعدم ثبوت الحق حينئذ وينقدح من هذا انه يصح كفالة الدابة اذا اتلفت شيئا أو جنت على آدمي بتفريط صاحبها لاقامة الشهادة على صورتها بل تصح كفالة الكتاب اذا وقعت الخصومة على صورته لاقامة الشهادة عليها ويكون هذا من كفالة الاعيان فليلحظ ذلك ﴿قوله﴾ ﴿وبدن المحبوس لامكان تسليمه بأمر من حبسه ثم يعيده الى الحبس﴾ أي تجوز الكفالة به لان تسليمه ممكن بامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس ان اراد فهو معطوف على كل من يجب لاعلى زوجه وظاهره ان لافرق في ذلك بين كون الحبس ظلما أو بحق وبه جزم في جامع المقاصد وقال الشهيد يمكن تسليمه بغير أمره اذ لاضرر على من حبسه قلت يبقى الكلام في تصوير فائدة الكفالة وفي (التذكرة) تصح الكفالة ببدن الغائب والمحبوس وان تعذر تحصيل الغرض في الحال كما يجوز من المعسر ضمان المال وهو لعله غير ما في الكتاب كما هو الظاهر والمانع من صحة كفالة المحبوس والغائب ابو حنيفه ولعله لعدم ظهور الفائدة بناء على ما في الكتاب أو لعدم الفائدة في الحال بناء على ما في التذكرة ويجمعهما عدم امكان التسليم أو التسليم المفيد ﴿قوله﴾ ﴿أو عبد آبق﴾ أي لو تكفل ببدن عبد آبق لمالكه صح ويلزمه السعي في رده ويأتي فيه ماقيل في كفالة الزوجه كذا قال في التذكرة وفسر العبارة في الحواشي بما اذ كان العبد معتاد الاباق فيكفله شخص لمولاه فانه يصح وهو معنى صحيح ولعل هذا من كفالة الاموال ﴿قوله﴾

أو من عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص ولا يشترط العلم بقدر المال فان الكفالة بالبدن لا به ولا تصح على حد الله تعالى والاقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام وضمان عين المغصوب والمستام ليردها على مالكها (متن)

﴿ أومن عليه حق لآدمي من مال أو عقوبة قصاص ﴾ اذا كان عليه عقوبة فان كانت من حقوق الله تعالى كحد الزنا والسرقة والشرب لم تصح الكفالة ببدنه عليها عند علمائنا أجمع كما في التذكرة لان الكفالة للتوثيق وحقوق الله سبحانه مبنية على الاسقاط و ينبغي السعي في دفعها ما أمكن كما عرض رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لماعز بالرجوع والانكار وللمستسمع وان كانت العقوبة من حقوق الآدميين كالقصاص والقذف فقد قرب في التذكرة ثبوتها في القصاص والاولى الجزم به كالكتاب لان الحق للمقتص وله تعجيله وتأخيره وجزم بان الحد لا تصح الكفالة به ونسبه الى أكثر العلماء واستدل بما روي من طريق الخاصه والعامه من ان الكفالة في حد قلت ولانه لا تأخير في حد وهذا غير من يدعى عليه الحد في حقوق الناس فانه تصح الكفالة ببدنه لوجوب حضوره عند الحاكم ليثبت المدعي حقه عليه بالبينة والاقرار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يشترط العلم بقدر المال فان الكفاله بالبدن لا به ﴾ والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض يعرض كعدم احضاره المكفول بل لو غرماه لولم يحضر المكفول فوجوبه بذلك لا بالكفاله وقد جوزوا ضمان المجهول مع انه التزام بالمال ابتداء فالكفالة التي لا تعلق لها بالمال اولى وعن بعض الشافعية عدم صحة كفالة من عليه حق مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله و بنوه على أنه لو مات غرم الكفيل ما عليه وهذا عندنا غير صحيح والحكم المذكور مصرح به في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تصح على حد الله تعالى ﴾ كما عرفته فيما سلف ﴿ قوله ﴾ والاقرب صحة كفالة المكاتب ﴾ كما في التذكرة والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه وتردد في الشرائع ومع ذلك الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكي عنه بناء على ان له تعجيز نفسه (صحة الاولين) انه اما عبد أو مديون والاول ادخل في استحقاق الاحضار والثاني ظاهر وانه يصح ضمانه فصحة كفالته اولى وقد تقدم غير مرة ان ليس له تعجيز نفسه ومحل النزاع المكاتب المشروط وأن أطلقوا الكلمة كما في المسالك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ومن في يده مال مضمون كالغصب والمستام ﴾ قال في (التذكرة) ومن في يده مال مضمون كالمغصب والمستام والعارية بشرط الضمان تصح كفالته فيكون في غير الاقرب هنا وقضيته اطلاقهما أي الكتاب والتذكرة انه لا فرق في صحة كفالته بين قولنا بصحة ضمان الاعيان المضمونة وعدمه اما على الاول فلا بحث في صحة الكفالة واما على الثاني فلان عليه حقا وهو الرد فيدخل تحت الضابط ووجه غير الاقرب وهو عدم صحة كفالته ان الذي عليه ليس هو الاعيان لتؤخذ منه عند عدم الاحضار لو قلنا يغرم اذ المفروض عدم صحة ضمانها وهو كما ترى ضعيف جدا اذ لا يلزم من عدم صحة ضمانها عدم كفالة من هي بيده فيجب عليه احضاره ليردها فكانت ككفالة الزوجة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وضمان عين المغصوب والمستام ليردها على مالكها ﴾ أي الاقرب صحة ضمانها ليردها وبه جزم في التذكرة هنا وقد تقدم الكلام فيه بما لا مزيد عليه في باب الضمان واحتمال ان يراد من العبارة صحة كفالة عين المغصوب والمستام بعيد جدا لان شرطها التعهد بالنفس وعلى ما صورناه آنفا

فان رد برأ من الضمان وان تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم دون الوديعة والامانة ويصح كفالة من ادعى عليه وان لم يقم البينة بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور عليه والكفالة ببدن الميت اذ قد يستحق احضاره لاداء الشهادة على صورته والاطلاق يقتضي التعجيل فان شرط أجلا وجب ضبطه والتسليم الكامل في بلد العقد (متن)

لاوجه لتخصيصها بالذكر فتأمل وقد يكون من باب كفالة العبد الآبق ﴿قوله﴾ ﴿ فان رد برأ من الضمان وان تلفت ففي الزامه بالقيمة وجهان الاقرب العدم ﴾ كموت المكفول كما ذكر ذلك كله في التذكرة ولعله انما أعاده في الكتابين ليبين ماقربه هنا والا فقد تقدم أن معنى ضمانها ردها مع البقاء والقيمة مع التلف وهنا قرب عدم الزامه بالقيمة مع التلف لان الواجب الرد لان الضمان انما كان له فاذا تعذر بالتلف لم يجب شي آخر كما لومات المكفول هذا ولو قلنا بالصحة كفالة اتجه الثاني لكن القول به بعيد كما في جامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ دون الوديعة والامانة ﴾ يعني لا يصح ضمان الوديعة والأمانة كما تقدم بيانه في باب الضمان مسبغا هنا وفي (التذكرة) تصح كفالة المستودع والامين لوجوب رد الوديعة عليه وهو مقام آخر ﴿قوله﴾ ﴿ ويصح كفالة من ادعي عليه وان لم يقم البينة بالدين وان جحد لاستحقاق الحضور عليه ﴾ كما ذكر ذلك كله في التذكرة قال والاصل فيه ان المنكر يجب عليه فصل الخصومه فاذا رضي بتأخيرها صحت الكفالة وان كانت الكفالة في نفسها غير لازمة اذا طلب الفصل في الحال وهو الذي نقله قطب الدين عن املاء المصنف حكاه عنه الشهيد والاتيان بأن الوصلية لانه أخفى من السكوت ولولم يحضره لايغرم لعدم ثبوت الحق حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ والكفالة ببدن الميت اذ قد يستحق احضاره لأداء الشهادة على صورته ﴾ كما في التذكرة في أثناء كلام له والحواشي وجامع المقاصد وذلك حيث يكون الشاهد تحمل الشهادة على صورته فيستوفي من ماله ما أتلفه نفسا أو مالا فلو مات معسرا فهل لا يجب احضاره لعدم الفائدة أو يجب استظهر الشهيد الوجوب ليعطى من الزكوة أو بيت المال مايجب عليه وظاهرهم انه لافرق بين أن يكون دفن أم لا مالم تتغير صورته فلعله مستثنى من تحريم النبش ولم يبدوا انا ما اذا لم يحضره واملهم يقولون بعدم غرامته لعدم ثبوت الحق بعد كما تقدم مثله ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاطلاق يقتضي التعجيل ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير وغيرها وفي (مجمع البرهان) كأنه لانزاع فيه وقد سمعت مافي السرائر انه حق اليقين ووجهه انه ينصرف الى انه كفيل الآن لان ذلك هو المتبادر منه لان كان مقتضى الاطلاق عرفا كما هو الشأن في سائر العقود ويبقى الكلام في صحتها حاله وقد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان شرط أجلا وجب ضبطه ﴾ اجماعا كما في المسالك ومجمع البرهان والمفاتيح وبه صرح في الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والارشاد وغيرها لاستلزام الجهل به الغرر المنهي عنه في الشريعة في المجهول مطلقاً وغير المضبوط بحيث يقبل الزيادة والنقيصة كادراك الغلات ومجيء القوافل واكتفى بعض العامة بالاجل المجهول لاشتمالها على التبرع فيتسامح فيه كالعارية وهو قياس مع الفارق لانها غير لازمة فلا يقدح فيها الاجل المجهول لجواز المطالبة بالمستعار في الاجل وان كان معلوماً ولا يشبه هذا ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه ﴿ قوله ﴾ ﴿ والتسليم الكامل في بلد العقد ﴾ أي والتسليم الكامل

ولو عين غيره لزم وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والاطلاق وعند الاجل في المؤجلة ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق أراده المستحق أو كرهه (متن)

لايكون الا في بلد العقد وسيأتي ما يعلم منه التسليم الكامل ويحتمل أن يكون معطوفا على الفاعل حتى يصير التقدير وجب التسليم الكامل والاحسن أن يكون معطوفا على التعجيل كما قيل مثله في السلم والقرض وغيرهما وهو الموافق للواقع كما ستسمع واذا أطلق الكفالة ولم يعين موضع التسليم وجب تسليمه في بلد العقد كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانصراف الاطلاق اليه ولو شرط كان آكد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو عين غيره لزم ﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد للزوم الوفاء بالشرط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وللمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول في الحال مع التعجيل والاطلاق ﴾ الوجه فيه ظاهر وبه صرح في المبسوط والشرائع والتحرير وكذا التذكرة ولعل أو أولى من الواو ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعند الاجل في المؤجلة ﴾ أي بعد الاجل كما في الشرائع وهو قضية ما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويخرج الكفيل عن العهدة بتسليمه تاما في المكان الذي شرطه أو في بلد الكفالة لو أطلق ارادة المستحق أو كرهه ﴾ أما خروجه عن العهدة بتسليمه تاما فقد صرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد واللمعة وغيرها مما تأخر وهو المعلوم من كلام من تقدم والمراد بالتسليم التام كما هو حاصل ما في التذكرة والمسالك والروضة وغيرها أن يكون في الوقت والمكان المعينين ان عيناهما في العقد أو في بلد العقد مع الاطلاق وفي أي وقت شاء مع الحلول مطلقا ولا يكون للمكفول له ما نع من تسلمه بأن لايكون في يد ظالم ولا متغلب يمنعه منه ولا في حبسه ولا في موضع لايتمكن من وضع يده عليه لقوة المكفول وضعف المكفول له ونحو ذلك قالوا فاذا سلمه كذلك برأ لانه أتى بما وجب عليه وظاهرهم انه يجب عليه قبوله كما هو صريح المبسوط والتذكرة وظاهر الكتاب حيث قال أراده أو كرهه واستشكل فيه في التحرير واختلفوا فيما اذا لم يتسلمه ففي المبسوط والسرائر اذا لم يقبل أشهد عليه رجلين انه سلمه اليه وامتنع وفي (التذكرة والمسالك والروضة) انه ان امتنع سلمه الى الحاكم وبرأ فان لم يمكن أشهد عدلين باحضاره له وامتناعه من قبضه لكن في الاولين أعني التذكرة والمسالك ان الاقوى الا كتفاء بالاشهاد وان قدر على الحاكم لانه مع وجود صاحب الحق لايلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم وغيره واستوجهه في جامع المقاصد وفي (التحرير) انه ان امتنع من تسليمه برأ الكفيل على اشكال ولا يفتقر الى اشهاد ولا اذن الحاكم انتهى (قلت) أما وجوب التسليم الى الحاكم فلا دليل عليه لان له تأخير احضاره الى أن يطالبه وأما جواز دفعه الى الحاكم ووجوب قبوله عليه فهو الموافق لاصول المذهب وقد قالوا في باب الدين والسلم والنسيئة انه ان امتنع قبضه الحاكم صرح بذلك في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وفي (الشرائع) وغيرها قبضه الحاكم ان سئله وفي (المختلف) وغيره التصريح بوجوب دفعه أي الدين الى الحاكم ومنع في السرائر وغيرها من اجبار الحاكم المستحق على قبضه أي الدين لكن جماعة هناك كالمفيد والديلمي وابن حمزة والمحقق في النافع لم يتعرضوا للحاكم أصلا قالوا بل يكون من ضمان صاحب الدين اذا عينه له ومكنه منه ولم يقبضه ووافقهم عليه جماعة لما ذكره هنا في التذكرة كما سمعت هذا وقد قال هناك جماعة انه حيث يقبضه الحاكم يخلي بينه وبينه وآخرون انه

وبموت المكفول في غير الشهادة على عينه أوفيها بعد الدفن ان حرمنا النبش لاخذ المال وبتسليمه نفسه تسليما تاما وبابراء المستحق لاحدهما (متن)

بحفظه له في بيت المال وحيث يقبضه هنا فالذي ينبغي أن يقال انه يحضره و يقول له هذا غريمك فاما أن تطالبه بحقك من ما ل ونحوه والا خليت سبيله وأما الاشهاد فكذلك أي لا يجب ان كان المراد شرطيته وان كان المراد اسقاط مطالبته مرة ثانية حتى لايؤخذ به في ظاهر الشرع أو ظلما في نفس الامر فلا مانع منه لانه ارشاد وقد نبه على ذلك الشهيد في باب الدين ولم يتعرض له سواه هناك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وبموت المكفول ﴾ أي يخرج عن العهدة بموت المكفول فانه اذا مات بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الاجماع في الغنية و بالحكم صرح في المبسوط وغيره وفي (التنقيح) انه المشهور ونفى عنه الخلاف في الرياض لانه تكفل ببدنه على أن يحضره وقد فات بالموت ولأنه قد سقط الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل ولان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحيوة وهو المتعارف بين الناس فيحمل الاطلاق عليه و يبقى الكلام فيما اذا حضر الاجل فطالبه فماطل في احضاره مع تمكنه منه حتى مات ﴿ قوله ﴾ ﴿في غير الشهادة على عينه﴾ يريد أن الخروج عن العهدة بموته انما هو في غير الشهادة على صورته وعينه لدلالة ذلك على عدم الاختصاص بحال الحيوة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أوفيها بعد الدفن ان حرمنا النبش لاخذ المال ﴾ يريد ان هذا لم يدفن فان دفن وحرمنا النبش لاخذ المال لم ينبش هنا أيضا فيخرج عن العهدة بدفنه وفي (جامع المقاصد) انه يشكل بأن نبش الميت للشهادة على عينه من الامور المستثناة بالاستقلال غير متفرعة على جواز النبش لاخذ المال فلا يلزم من تحريم النبش ثم تحريمه هنا وقد سبق في أحكام الجنائز جواز النبش لكل منهما فلا يبرأ بدونه نعم لو علم تغيرصورته بحيث لا يعرف برأ الكفيل حينئذ ﴿ قوله ﴾ ﴿ و بتسليمه نفسه تسليما تاما ﴾ كما في التحرير لان المقصود رده الى المكفول فلا فرق بين حصوله في يده بالكفيل أو بنفسه وهو خيرة مجمع البرهان والتذكرة في أول كلامه وقيده في المبسوط وجامع المقاصد وموضع من التذكرة بما اذا سلمه نفسه عن جهة الكفيل كأن يقول سلمت اليك نفسي عن جهة الكفيل قال في (المبسوط) لانه يكون نائبا عن الكفيل بهذا التسليم والنيابة صحيحة وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه لولم يسلم نفسه عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل لانه لم يسلمه اليه ولا أحد من جهته لكنه في الاول قال الوجه ماقلناه أولا (وكيف كان) فظاهرهم انه يجب عليه القبول لو سلم المكفول نفسه ولعله لوجوب التسليم على كل منهما فاشتركا في ذلك فتى أداه أحدهما برأ الآخر ولا يضر كون الوجوب على المكفول في الكفالة تبعا للوجوب على الكفيل ولا معنى للوجوب عليهما الا وجوب القبول عليه فتأمل وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه لوسلمه أجنبي لاعن الكفيل لم يبرأ الكفيل وان سلمه عن جهة الكفيل فان كان باذنه فهو كما لو سلمه نفسه اذ لا يشترط المباشرة وان كان بغير اذنه لم يجب على المكفول له القبول لانه لايجب عليه قبض الحق الا ممن عليه لكن لوقبل برأ الكفيل ولا يبعد كما في مجمع البرهان انه لو سلمه الاجنبي لاعنه أي الكفيل انه يبرأ ﴿ قوله ﴾ ﴿ و بابراء المستحق لاحدهما ﴾ اذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة كأن يقول أبرأته برأ و يبقى الكلام في تعلق الابراء بمثل ذلك والظاهر تعلقه بذلك ونحوه من الحقوق كما سنشير اليه في باب الصلح وكذا اذا اعترف بالبراءة كأن

ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط وان انتفى الضرر على رأي ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته ان عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا ان كانت مؤجلة أخر بعد الحلول بقدر ذلك ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه (متن)

يقول أبرأته أو برأ الي أو بالرد كأن يقول رد الى المكفول به واذا أبرأ المكفول به من الحق الذي كفله الكفيل عليه برأ الكفيل أيضا كما في المبسوط والتذكرة لسقوط الحق المقتضي لبطلان الكفالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يبرأ بالتسليم ودونه يد غالبة مانعة ﴾ كما في الشرائع وغيرها ووجهه ظاهر وقد تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بتسليمه قبل الاجل أو في غير المكان المشترط وان انتفى الضرر على رأي ﴾ هو خيرة الشرائع والتذكرة والمختلف والايضاح والحواشي وجامع المقاصد وخيرة التحرير في الأجل لانه تعرض فيه له لانه غير التسليم الواجب اذ لم يجب بعد فلا يعتد به ولا يجب قبوله وخالف فيهما الشيخ في المبسوط والقاضي قال في المبسوط اذا لم يكن ضرر لزمه تسلمه قبل الاجل وفي غير المكان وهو قول لبعض العامة حكاه في التذكرة وقد تقدم لهم في باب القرض ماله نفع تام في المقام و يشهد لكلام الشيخ ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بتسليمه في حبس الظالم بخلاف الحاكم ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك للفرق بين الحبسين لان الحاكم لا يمنعه من احضاره ومطالبته بحقه بخلاف الظالم فاذا طالب أي المكفول له الحاكم باحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت الحكومة رده الى الحبس بالحق الاول ولو توجه عليه حق للمكفول له يوجب الحبس حبسه بهما وتوقف على تخليصه منهما كما في التذكرة وغيرها ولو كان المكفول له قادرا على تسلمه تاما في حبس الظالم فقد يجرونه مجرى المحبوس وقد لا يجرونه كما تقدم مثله فيما اذا سلم نفسه أو تسلمه وعلى الاول يكون اطلاق كلامهم مبنيا على الغالب من تعذر تسلمه تاما كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويلزم الكفيل اتباعه في غيبته أن عرف مكانه وينظر في احضاره بقدر ما يمكنه الذهاب اليه والعود به وكذا أن كانت مؤجلة اخر بعد الحلول بقدر ذلك ﴾ كما ذكر جميع ذلك في المبسوط والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان والشرائع والتحرير والارشاد لكن لم يذكر في الثلاثة الاخيرة التقييد بمعرفة مكانه لكنه مراد فيها قطعاً وبذلك كله قال عامة اهل العلم كما في التذكرة وقال انما يجب عليه احضار الغائب عند امكان ذلك فان كان غائبا غيبة منقطعة كأن لا يعرف موضعه و ينقطع خبره لم يكلف الكفيل احضاره لعدم الامكان أي لانه تكليف مالا يطاق ولا شيء عليه لانه لم يكفل المال ونحو ذلك ما في المسالك ومجمع البرهان وهو ظاهر الباقين ولا فرق في الغائب المعلوم محله بين التجاوز لمسافة القصر وغيره كما في التذكرة والمسالك والمخالف بعض الشافعية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو امتنع الكفيل من احضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه ﴾ كما في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارشاد واللمعة والروض وظاهر هذه الكتب انه اذا ادى ما عليه وجب على المكفول له القبول ويبرأ الكفيل بذلك وفي (التذكرة وجامع المقاصد) انه اذا لم يرض بدفع المال وطلب احضاره الزمه الحاكم باحضاره وفي (المسالك و المفاتيح

والرياض) انه اقوى وفي (الروضة) انه قوي وفي (مجمع البرهان) انه ليس ببعيد والظاهر انه لا خلاف بينهم في جواز الاكتفاء عن الاحضار باداء ما عليه اذا رضي به المكفول له وانما الخلاف فيما اذا لم يرض (حجة الاولين) أن الغرض حاصل فكان كما لو ادى دين الغريم اجنبي نعم أن قيل هناك بعدم وجوب القبول امكن هنا بل لعله أي احتمال الوجوب هنا اقوى لانه يريد الخلاص من الكفالة والظاهر ان المكفول له قد انعقد ضميره على ذلك من حين الكفالة لان الظاهر ان مقتضاها لزوم المال أن لم يحضره فالزامه بالاحضار تكليف واضرار وقد يكون لا غرض له الا اللحاج الا ان تقول انه اذا علم منه ذلك لم يجب فتأمل مضافا الى انه قد يتعذر ذلك عليه فليتأمل (وحجة) ما في التذكرة انه قد يكون له غرض لا يتعلق بالاداء أو بالاداء من الغريم بخصوصه فان الاغراض قد تتفاوت اذ قد يكون ماله لا يخلو عن شبهة أو يخاف انه أن ظهر مستحقا لا يقدر على اخذ بدله منه ولانه مقتضى الشرط وهذا اقوى وينقدح من ذلك انه لا يجب قبول الحق عن غير من هو عليه (ويؤيد) هذا القول أو يدل عليه ما رواه في الكافي في الموثق عن ابي عبد الله عليه السلام قال اتي أمير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال اطلب صاحبك وروى الشيخ مثله وكذا الصدوق في الفقيه عن سعد ابن ظريف ونحو ذلك ما في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام وهذه الاخبار على كثرتها واعتبار سند بعضها وانجبار ضعف ما فيها بعمل العلماء ليس فيها تخيير للكفيل بين الاحضار واداء المال بل انما فيها الامر بالاول خاصة وقد يقال باحتمال ورود الامر والالزام بالاحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال فلا دلالة فيها على لزوم الاحضار على الاطلاق والظاهر أن الحبس للحاكم فيحبسه الى أن يحصل ما يقتضيه مذهبه (وليعلم) ان مختار الشيخ ومن وافقه على تقدير تمامه انما يصح فيما يمكن اخذه من الكفيل كالمال فلو لم يمكن كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بعقوبة توجب حدا أو تعزيرا فلا بد من الزامه باحضاره مع الامكان أن لم يكن له بدل اما ماله بدل كالدية في القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة فانه يجب عليه البدل كما نبه عليه المصنف في التذكرة وجماعة ثم على تقدير كون الحق مالا واداه الكفيل برضى المكفول له أو مطلقا فان كان قد طالبه بالاحضار وادى باذن المكفول عنه رجع عليه وان كان قد كفل بغير اذنه وكذا أن ادى بغير اذنه مع كفالته باذنه وتعذر احضاره والمراجعة اليه لان ذلك من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها أو يكون من باب الاسباب بناء على ما مر في التذكرة ولا رجوع له الا في هاتين الصورتين اما اذا انتفى الامران وطالبه وامكنه احضاره ولم يحضره لم يرجع عليه وكذا اذا كفل باذنه وادى بغير اذنه مع تمكنه من مراجعته ومثله ما اذا تعذر عليه احضاره مع عدم اذنه في الكفالة ولم يطالبه المكفول له اما اذا طالبه وضيق عليه فانه يرجع عليه كما في التذكرة والكتاب في آخر الباب وجامع المقاصد لانه ادى دينه بأذن شرعي فيستحق الرجوع عليه ونسبه في المسالك الى ظاهرهم وفيه تأمل والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من ادى بالاذن هنا وان تكفل بغير الاذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفالة بالمال اولا وبالذات وان حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن المديون فله الرجوع بخلاف الضمان لانتقال المال به الى ذمته فلا ينفعه الاذن في الاداء بعده لانه كأذن الاجنبي البريء للمديون في اداء دينه كما نبه على ذلك في التذكرة وغيرها ويأتي في آخر الباب الاشارة الى بعض ذلك وينبغي ملاحظة جميع ما ذكر بالنسبة الى ما في التذكرة وغيرها من المذهبين لان ما في التذكرة يقضي بانه ليس من مقتضى الكفالة

ولو قال ان لم أحضره كان علي كذا لزمه الاحضار ولو قال عليّ كذا ان لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال (متن)

المال ﴿قوله﴾ ﴿ولو قال أن لم احضره كان عليّ كذا لزمه الاحضار ولو قال عليّ كذا ان لم احضره وجب عليه ماشرط من المال﴾ يعني أن لم يحضره كما في النهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة وحواشي الكتاب واللمعة والمهذب البارع والتنقيح والشرائع والارشاد وجامع المقاصد الا ان الثلاثة الاخيرة خلت كالكتاب عن القيد الذي قيدناه وهو مراد فيها ما عدى الاخير وستسمع كلامه وهو المحكي عن القطب والى ما في النهاية يرجع كلام القاضي وابن حمزة بتقريب قريب (قال القاضي) أن قال أن لم احضره في وقت كذا فعليّ كذا فقدم ذكر الوقت واخر ذكر المال لم يجب عليه اذا حضر الاجل الا احضاره دون المال وأن قال عليّ كذا أن لم احضره في وقت كذا فقدم ذكر المال واخر الوقت وجب عليه اذا حضر الاجل ولم يحضره المال الذي ذكره وقال في (الوسيلة) أن قدم ضمان المال على الكفالة وعجز عن التسليم لزمه المال فان قدم الكفالة على ضمان المال لزمه احضاره دون المال وفي (المهذب البارع) في شرح عبارة النافع أن المسئلة اجماعية وفي (جامع المقاصد) في شرح عبارة الكتاب هذا مروي من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به وفي (حواشي الارشاد وجامع المقاصد) ايضاً ان الفارق بين المسئلتين الاجماع والنص ونحوه ما في غاية المرام فيما حكي عنها وظاهر كشف الرموز والتنقيح وايضاح النافع الاجماع على ذلك حيث نسب فيهما الى الاصحاب وفي (الغنية) دعوى الاجماع في المسئلة أو احد شقيها لكن العبارة غير نقية عن الغلط فلم ننقلها افبعد هذا كله يصح لصاحب المسالك أن يمنع الاجماع ويقول ان احدا من الاصحاب لم يدعه وانما ادعاه ابن فهد وتبعه الشيخ علي ثم يتعجب منهما ويقول أن الموجود كلامهم في المسئلة جماعة يسيره والباقون لانعرف حكمهم فيها مع انه نسبه في الروضة الى المشهور واستند في منع الاجماع في المسالك الى خلاف ابي علي الذي لا يزال مخالفا وقال أن المحقق له في المسئلة قولان لانه ترك القيد الذي قيدنا به عبارة الكتاب في الشرائع واثبته في النافع وقال ان للعلامة اربعة اقوال باعتبار القيد المذكور وعدمه فانه ذكره في التذكرة والتحرير واهمله في الارشاد والكتاب فكان له بذلك قولان ولانه استنسب مذهب ابن الجنيد وهو قول يحتاج تقريره الى تطويل ستسمع حاصله عن قريب ولانه حكى عن ولده انه حمل الرواية على انه التزم في الصورة الاولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال ان لم أحضره فعلي عشرة دنانير مثلا فهنا لايلزمه المال اجماعا لأنه التزم بما ليس عليه وأما الثانية فلانه التزم بما عليه وهو الدينار مثلا فكأنه قال علي الدينار الذي عليه ان لم أحضره فجعل هذا الاحتمال في الرواية قولا له رابعا كما جعل استنسابه مذهب أبي علي قولا وقطع بذلك الطريق على المتأخرين عنه وأنت قد عرفت الحال في ذلك وان غاية ذلك الاختلاف في الاطلاق والتقييد وهو لايوجب المخالفة في أصل الحكم مع احتمال عدم المخالفة والاتفاق كما هو الظاهر على اعتبار ذلك القيد وتركه في تلك الكتب لتقدم الشرطية فيها حيث قيل فيها ان لم أحضره قبل الحكم مضافا الى استدلالهم على ذلك بالموثقين المذكور فيهما القيد والامر في ذلك واضح ثم ان لنا في كلامه في المسالك مناقشات يطول بذكرها الكلام وهي لا تخفى على المتأمل فقد تطابقت الفتوى والاجماعات من صريح وظاهر على مورد واحد وهو الحكم مع القيد

كما هو واضح وان أبيت قلنا على أصل الحكم لا وصفه من أحد الامرين ثم ان اجماع الشيخ على انما حكاه على العمل بالمروي كما سمعته فكان واقعا على الحكم مع القيد ثم قال ولا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين باعتبار اللفظ ومثل هذا انما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيرا الى النص والاجماع ثم حكى عن ابن الجنيد انه اذا بدأ بالضمان قال ثم عقبه الكفالة انه يصح ضمانا وكفالة واذا بدأ بالكفالة ثم علق الضمان أن الكفالة تصح و يبطل الضمان وحكي عن المختلف انه قال ان كلامه أنسب ثم أورد على الاول انه اذا صح الضمان برأ المضمون عنه فأي معنى للكفالة ثم قال ويمكن أن يقال ان السر في لزوم المال اذا قدمه براءة ذمة المضمون عنه فتمتنع الكفالة واذا قدم الكفالة كان الضمان المتعقب لها لكونه معلقا على شرط باطلا ولمنافاة الضمان صحة الكفالة وكيف كان فالمذهب ما عليه الاصحاب انتهى فاجماعه حيث حكاه على المروي في محله وما استنبطه من السر لم يصادف محله على انه قد يكون ذلك منه في بيان حال كلام أبي علي كما يرشد اليه قوله وكيف كان فالمذهب ما عليه الاصحاب وان احتاج ذلك الى تجشم شديد وكيف كان فهذا لا يقدح في اجماعه ولا يناسب صاحب المسالك أطالة الكلام عليه في ذلك وان قدح في اجماعه وما كان ليكون فلا يقدح في الاجماعات الاخر (وأما الاخبار) فهي مارواه الشيخ عن أحمد عن البزنطي عن داود ابن الحصين عن البقباق عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن الرجل يتكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء به الى أجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه ابدا الا أن يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله ورواه في الفقيه عن داود ابن الحصين وليس في سند التهذيب من يتأمل فيه غير داود ابن الحصين وقد قال (جش) أنه ثقة والشيخ انه واقفي فهو ثقه واقفي فيكون الخبر موثقا وهو حجة بل الظاهر انه صحيح لأن (جش) أضبط من الشيخ مضافا الى انه يروي عنه من لا يروي الا عن ثقة كصفوان وجعفر ابن بشير والبزنطي ولعل حكم الشيخ مأخوذ من ابن عقده وليس في طريق الصدوق الى داود ابن الحصين من يتأمل فيه سوى الحكم ابن مسكين وهو كثير الرواية ومقبولها وصاحب كتب متعددة وقد قال الشهيد لما كان كثير الرواية ولم يرد فيه طعن فانا أعمل على روايته وقال أيضا ان الكشي ذكره ولم يطعن فيه فذكره غير قادح ولا موجب للضعف وقال الاستاذ قدس سره في تعليقه أن رواية ابن ابي عمير عنه أشعارا بتوثيقه ويؤيده رواية ابن محبوب وابن فضال وابن ابي الخطاب عنه فكان الخبر في الفقيه حسنا فقوله في المسالك أن في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالها غير صحيح لان سند هذه لا جهالة فيه ولا ضعف وستسمع حال سند الاخرى وهي مارواه الشيخ وثقة الاسلام عن محمد عن (كا) حميد ابن زياد عن ابن سماعه عن الميثمي عن أبان عن البقباق قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل بنفس رجل فقال ان جئت به والا فعلي خمسمائة درهم كما في التهذيب وفي (الكافي) ان جئت به والا فعليك خمس مائة درهم وفيهما معا قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال علي خمس ماية درهم ان لم أدفعه قال يلزمه الدراهم أن لم يدفعه وحميد ابن زياد ثقة أو موثق وكذلك أحمد بن الحسن الميثمي والحسن بن محمد بن سماعة واقفي ثقه وأبان ابن عثمان ممن أجمعت له العصابة وحاله أشهر من أن يذكر فالخبر موثق بل قال المقدس الاردبيلي ان في نسخة الكشي التي عنده انه كان قادسيا أي من القادسية فلا يكون ناووسيا فهذان الخبران مشهوران رواية وفتوى ظاهران فيما فهم منهما العلماء

الاقدمون الاجلاء الكبار العارفون بمعاني الاخبار فلا يلتفت الى ما يرد عليهما من حيث مخالفتهما للقواعد الشرعية والعربية فكم من نص خرجنا به عنهما وليس كهذين في أعلا مراتب القوة من جهة فتوى الطائفة وأجماعاتهم مع اعتبار السند ولا حاجة بنا الى التكلفات الصادرة عن جماعة في تطبيقهما على القواعد مع تضمن بعضها اخراجهما عن ظاهرهما كما ستسمع (وما يقال) ان مفهوم الشرط في الرواية الأولى انه ان لم يجئ به لزمه المال قد دل بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبدوه من الفرق (ففيه) ان قوله عليه السلام وهو كفيل بنفسه أبدا الا أن يبدأ بالدراهم فهو له ضامن يدفع هذا المفهوم فكان المراد بهذا الفائه وتذكير الضمير في له بتأويل الدراهم بالمال وتقييد الضمان بعد الاتيان به في الأجل مع ثبوته من حين العقد من باب المساهلة في العبارة ولا نظر فيه الى اعتبار المفهوم ويحتمل ان يرجع ضميرله الى المديون وكذلك الضمير المستتر في لم يأت أو يرجع الأول الى المال والثاني الى المديون ويكون المقصود ان الرجل ضامن للمديون أو المال بمعنى انه يجب عليه الأ يان بالمال ان لم يتبرع المديون بالاتيان بالمال في الاجل الذي أجله الضامن والتقييد بالشرط مبني على تبرع المديونين باداء المال حيث كان المال عليهم والضمان في كثير من الاحوال الى مصلحتهم وهذان الاحتمالان يفوتان القيد الذي بنى عليه الاصحاب (وأما الرواية) الثانية فليس الكافي مخالفا فيها للتهذيب في الصيغه الثانية التي هي محل النظر بالنسبة اليهما وأما الأولى فلا بحث فيها بالنسبة الى الكافي وصاحب الوافي قلب الامور مع مافيه من الفساد الواضح من اعتباره في الفرق عدم القبول قال ويخطر بالبال ان مناط الفرق ليس تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه كما فهموه بل مناطه ابتداء الكفيل بضمان الدراهم من قبل نفسه مرة والزام المكفول له بذلك من دون قبوله مرة أخرى كما هو ظاهر الحديث الثاني على رواية الكافي والحديث الاول وان كان ظاهره خلاف ذلك الا انه يجوز حمله عليه فان قول السائل فان لم يأت فعليه كذا ليس صريحا في انه قول الكفيل وعلى تقدير أبائه عن هذا الحمل يحمل على وهم الراوي وسوء تقريره فان مصدرالخبرين واحد والسائل فيهما واحد وأماعلى نسخة التهذيب التي نشأت منها تكلفات الاصحاب فلا يتأتى هذا التوجيه والظاهر انه من غلط النساخ (وليعلم) ان ابن ادريس قال في آخر كلامه هذان الخبران اوردهما الشيخ في التهذيب وفي نهايته أورد عبارة ملتبسه في هذا المعنى وفقه ذلك ماذكرناه وقد كان ذكر في أول كلامه الفرق بين الصيغتين بما نصه انه بدأ في الاولة بضمان النفس قبل المال وفي الثانية بضمان المال أولا فقال عليّ كذا قال فافترقا كذا الامران وغرضه بيان الفرق بين الصيغتين وتصويره وأن مناطه تقديم الشرط وتأخيره لان ذلك محل اشتباه لان الشرط لافرق فيه بين ان يتقدم أو يتأخر وليس غرضه بيان الوجه في الفرق بين المسئلتين فما انصفوه حيث قالوا انه فرق بنفس الدعوى لايحصل له فائدة وأول من طعن عليه المحقق وتلميذه غير ملاحظين آخر كلامه والا فمثل ذلك لا يخفى على أصاغر الطلبه وقال أيضا في (السرائر) لابد من أن تكون الدراهم التي لزمته في الموضع المذكور ضمانا عما وجب له في ذمة المضمون عنه ثابتة في ذمته حتى يصح ضمانها لانا قد بينا ان ضمان مالم يجب ولا يثبت في الذمة لايجوز قلت وهو صريح غيره ومن لم يصرح به فهو مراد له لما ذكر وفرق في التنقيح بفرق قال انه حسن ولم يذكره أحد من الاصحاب وملخصه ان المراد من الاولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقبها بالزامه بالمال ان لم يأت به وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة

ولو مات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته (متن)

لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل ان لم يأت به وأما الثاني فانها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متأخر فهي أما مبنية على جواز الضمان المعلق على شرط اوان الضمان تم بقوله عليّ كذا والشرط بعده مناف له فلا يلتفت اليه فانه كتعقيب الاقرار بالمنافي ولا يخفى ما في هذا الفرق لانه لايتم في الرواية الثانية لان قوله فقال من باب توضأ فغسل وجهه ويديه وقال في (المسالك) الذي يقتضيه ظاهر الرواية ان الكفالة وقعت بصيغة تامة في الموضعين وتعقبها ماذكر في الاشتراط بدليل قوله رجل تكفل بنفس رجل ثم قسمها الى القسمين فان التكفل اذا أطلق يحمل على معناه الشرعي وانما يتم بذكر لفظ يوجبه الى آخر ماذكره وأطال فيه فمن أراد الوقوف عليه فليرجع اليه (ويرد) عليه مايرد على التنقيح وزيادة كما ستسمع في كلام المولى المقدس الاردبيلي فانه ذهب الى عكس مافي المسالك وان ذلك ليس كفالة بوجه قال ان القول بمقتضي القوانين ان يقال ان كان التعليق مطلقا مبطلا للكفالة والضمان فالمسئلتان باطلتان لذلك الا ان أوقع صيغتهما بمثل هذه الشرطية فيعمل بها ويحكم ببطلان الشرطين وان جوز مطلقا أو بخصوصها لكون الشرط من مقتضى الكفالة والضمان فينبغي ان يكون الحكم في الصورتين بالزام الحق المضمون وضمانه ان لم يحضره في الاجل ولما يكلف بالاحضار ولا يكون كفالة بوجه ولكنه ان أحضره قبل منه وسقط عنه المطالبة بالمال للشرط ولا يبعد حمل الرواية الاولى على هذا بان يحمل قوله وهو كفيل بنفسه ابدا فأنه (بأنه خ ل) (على انه خ) لايخلصه من تسليم الدراهم الا احضاره وكذا الثانية بان يكون المراد بقوله ولا عليه شيء من الدراهم ان يجيء به والظاهر ان المراد لتوافق الاولى وانه يرجع حاصل الروايتين فيهما أي الصورتين الى أمر واحد والتخالف في الحكم في ظاهر الروايتين انما هو بحسب الظاهر لابحسب نفس الامر لوجود تغيير مافي لفظهما لانه ليس بمعقول عنه عليه السلام لفظا بل معنى ثم احتمل ان يكون المراد سبق ذكر الكفالة في الاولى بان قال عليّ نفسه ثم قال فان لم أحضره فعليّ كذا وفي الصورة الثانية سبق ذكر الضمان بقوله عليّ المال مثلا ولا حكم للشرطية ويكون مافهم من سقوط المطالبة بالنفس بدفع المال في الاولى لحصول الغرض وهو استيفاء الحق كما انه مقتضي الكفالة وأن معنى قوله عليه السلام فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله انه ان سلم المال في الاجل تسلمه (وتسلمه خ ل) والا فهو ضامن ولابد من الخروج عن العهدة وكذا في الرواية الثانية قال ويمكن ان تكون الدراهم غير الحق الذي في ذمة المضمون عنه الى آخر ماقال (وقال صاحب الكفاية) في بيان الرواية الثانية ان الكفالة تقتضي أحضار النفس وليس على الكفيل شيء سواه وحيث اشترط في ضمن العقد ان عليه خمسمائة درهم ان لم يحضره كان عليه الخمس مائة بشرط عدم الاحضار فكان كما لو نذر الحج في هذه السنه ثم نذر ان يتصدق بالف دينار ان لم يحج في هذه السنة الى آخر ما قال وكلها تكلفات لاحاجة بنا اليها مضافا الى مايرد عليها

﴿قوله﴾ ﴿ولو مات المكفول له فالاقرب انتقال الحق الى ورثته﴾ كما في التحرير وجامع المقاصد وفي (التذكرة) انه الصحيح عندنا لانه حق للميت فينتقل الى ورثته كغيره من الحقوق لعموم آية الارث وقال بعض الشافعية ان الكفالة تنقطع لانها ضعيفة فلا يحكم بثبوتها ولاقتضائها الاحضار اليه وقد تعذر وليس بشيء لانا نمنع ضعفها سلمنا لكن تنتقل الى الوارث ولو كانت ضعيفة ولا يسقط

ولو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن احضاره أو أداء ما عليه ولو كان قاتلا لزمه احضاره أو الدية (متن)

الحق بتعذر ايصاله الى مستحقه الاول ولم يرجح في الايضاح بقي هنا شيء وهو ان المستحق لو باع الدين أو أحال به غيره فان الكفيل يبرأ لان الكفالة لا تنتقل الى من انتقل اليه الدين لعدم المقتضي لانه لم ينتقل الى مشتري الدين سواه لاسائر الحقوق المتعلقة به مضافا الى أن الكفالة ليست حقا قابلا للنقل بالاختيار بخلاف الارث ففرق واضح بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث و بين انتقال الحق من المستحق ببيع أو غيره فان الكفالة هنا لا تنتقل كما سينبه عليه المصنف في آخر الباب والظاهر فيما اذا باعه غلته نفسه بقاؤها و بقي شيء آخر وهو انهم جميعا لم يتعرضوا لما اذا مات الكفيل فهل للمكفول له مطالبة ورثته بالاحضار اذا مات عن تركة وافية بالدين الذي على المكفول الظاهر انه ليس له ذلك لان ذلك حق متعلق بنفسه لا بماله وانما عاد في بعض الصور بالآخرة الى ماله وعليه نبه في التحرير في مسئلة ترامي الكفالات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا ضمن احضاره أو أداء ماعليه ﴾ كما في الوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والرياض وفي الاخير انه لاخلاف فيه وعلله في التذكرة وتبعه عليه الجماعة بانه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها أو أو أداء الحق الذي بسببه تثبت اليد عليه وينبغي أن يكون الحكم كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول يطالب بالتسليم مع الامكان لانه يفوض التخيير اليه من أول الامر على ماهو المختار من الترتيب بين الاحضار والاداء وما هنا لعله مبني على المشهور من أنه مخير من أول الامر أو على صورة التعذر كما ستسمع نحوه وحيث يؤخذ منه المال هنا فلا رجوع له على الغريم اذا لم يامره بدفعه اذ لم يحصل من الاطلاق مايقتضي الرجوع كما صرح بذلك في المسالك والروضة وفي (التذكرة) ما يخالف جميع ذلك قال ولو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا انتهى فليتامل فيه جيدا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان قاتلا لزمه احضاره أو الدية ﴾ كما صرح بذلك في جميع الكتب المذكورة آنفا و بهطفحت عباراتهم في باب القصاص وقد روى ثقة الاسلام عن حريز في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال سالته عن رجل قتل رجلا عمدا فدفع الى الوالي فدفعه الوالي الى أولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلوا القاتل من أيدي الاولياء قال أرى أن يحبس الذي خلصوا القاتل من أيدي الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قيل فان مات وهم في السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى أولياء المقتول وهو ظاهر في خلاف ماذكروه من التخيير بين احضاره و بين دفع الدية وظاهر في أنه مع حيوة القاتل ليس الحكم الا احضاره وتسليمه كما هو مقتضى الكفالة ومنه يفهم حكم المسئلة الاولى فان مرجع المسئلتين الى أمر واحد وهو من أطلق من عليه حق من يد غريمه قهرا فانه يضمنه ويجب عليه احضاره وتسليمه لمن أخذه من يده أو ان للحاكم أن يحبسه كما يحبس الكفيل حتى يحضره لكن يدفع ذلك كله ان الحكم مخصوص بصورة التعذر ثم ان الخبر يدل على انه ليس كفالة لانها تبطل بالموت مع ان ظاهر جماعة وصريح آخرين كصاحب الوسيلة وصاحب اللمعة وكذا الروضة والمسالك ومجمع البرهان

فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وان لم يقتل ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص ﴿فروع﴾ الاول لو قال الكفيل لا حق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق (متن)

بل التذكرة أيضا والكتاب لانه سماه كفيلا فيهما انها كفالة واحتمل الشهيد انسحاب الغريم الى المحال عليه فاحتمل ادخال هذا القسم في الحوالة لانه لو مات لم تبطل فليلحظ والاولى أن يقال ان هذه الكفالة القهرية لاتبطل بالموت كما انه هو الذي يوافق الاعتبار وكلام الاصحاب(هذا) ولا فرق بين كون القاتل عامدا أو مخطئا فلا يقتص منه في العمد لانه لايجب على غير المباشر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك)في بيان الوجه انه لما تعذر استيفاء القصاص وجبت الدية كما لو هرب القاتل عمدا أو مات (قلت) ونحن قد اخترناه(١) في باب القصاص في باب العفو أنه اذا مات ان الاصح سقوط الدية وانه اذا هرب وفر انها تجب في ماله ان كان له مال والا أخذت من الاقرب فالاقرب كما في موثقة أبي بصير وقد أوضحنا ذلك وبيناه هنالك بما لامزيد عليه ثم ان استمر هاربا ذهب المال على المخلص ﴿قوله﴾ ﴿ فان دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وان لم يقتل﴾ اذا تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل لانها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الآن مستند الى اختيار المستحق كما صرح بذلك في التذكرة والمسالك والروضة واستشكل في التحرير قال واذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء فيه اشكال ثم قال وهل له الزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر انتهى ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وقد تعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه كتخليصه من يد المستحق ﴿قوله﴾ ﴿ ولا يتسلط الكفيل لو رضي هو والوارث بالمدفوع على المكفول بدية ولا قصاص ﴾ كما صرح بذلك كله في التذكرة لانه لم يكفله بقوله ولم يدفع برضاه ولم يكن المدفوع واجبا بالاصالة وانما وجب بعارض وهي الحيلولة وان زالت وأما عدم تسلطه بالقصاص فظاهر وسمى المصنف المطلق قهرا مكفولا مجازا لكنه سمى المخلص كفيلا والخبر يعطي انه ليس بكفيل كما عرفت وقد سمعت ماحكيناه آنفا عن التذكرة من انه لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذنا المال أو الدية من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلصه قصاصا ولا تغفل عما في التحرير من النظر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فروع﴾ قد ذكر احد عشر فرعا بها يتم الباب ﴿قوله﴾ ﴿ الاول لو قال الكفيل لاحق لك على المكفول قدم قول المكفول له لاستدعاء الكفالة ثبوت حق﴾ قد صرح بتقديم قول المكفول له في الفرض المذكور في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لان الكفالة لاتصح الا مع ثبوت الحق والاصل في العقد الصحة لان الانكار راجع الى دعوى فساد الكفالة بعد صدورها ليسقط عن نفسه وجوب الاحضار والمكفول له يدعي الحق المصحح للكفالة فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة الصادرة وفسادها والاصل في العقد الصحة (وعساك تقول) هو لم ينكر الدعوى وصحتها وانما أنكر الدين وذلك

(١) كذا في النسخ والظاهر اخترنا بغير هاء (مصححه)

فان أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم (الثاني) لو تكفل اثنان برجل فسلمه أحدهما فالاقرب براءة الآخر (متن)

لا يقتضي بطلان الكفالة فلا تكون الدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها (لانا نقول) انكاره الدين مع اعترافه بالدعوى عبث لامعنى له لانه لايؤثر في سقوط حق الاحضار فينبغي أن يكون غرضه في قوله لاحق لك عليه ابطال الكفالة ليسقط عنه وجوب الاحضار فلابد أن يكون منكرا حقا يصحح الكفالة وهو اما صحة الدعوى أو المال والحق في عبارته نكرة يفيد العموم شامل للامرين هذا (وعساك تقول) قد تقدم في باب البيع والرهن والضمان ان التمسك باصالة الصحة في العقود انما يكون بعد استكمال أركانها ليتحقق وجود العقد أما قبله فلا وجود للعقد وثبوت الحق من أركان الكفالة فليقدم قول الكفيل (لانا نقول) ان ذلك انما يكون حيث يكون لمدعي الفساد أصل يستند اليه أو ظاهر يرجع اليه غير أصل البراءة كمن ادعى انه باع أو ضمن أو رهن حال الصبوة فان معه اصالة الصبا واصالة براءة الذمة وكمن ادعى أن العقد وقع على الحر لظن الرقية لعدم العلم ستقه من الوكيل ونحوه فان أصل الصحة لايعارض ذلك لان مرجعه الى صحة فعل المسلم بمعنى انه لايتصرف باطلا لانه يقال له ما تصرفت باطلا عامدا وما نحن فيه ليس للكفيل الا أصل البراءة وهو غير معتضد بأصل ولا ظاهر فكان مقطوعا قطعا باصالة صحة العقد المعتضد بالظاهر كما حررناه في أول باب الضمان على أن الحق ان هذه القاعدة غير محررة ولم تعرف من أحد غير المحقق الثاني كما حررناه وأوضحناه في باب الاجارة وهل يفتقر الى اليمين ففي (مجمع البرهان) انه لايحتاج الى اليمين لان الكفيل معترف بالكفالة وهي من دون ثبوت حق في ذمة المكفول غير معقول فلا تسمع دعواه ولا يحلف له لان دعواه تخالف قوله وهو قوي وفي (المبسوط والسرائر واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية) أن القول قوله مع يمينه (قلت) لعلهم أرادوا أن مايدعيه ممكن وفي (التحرير) انه الاقرب وفي (المسالك) ان القاعدة تقديم قول المكفول مع يمينه ولو نكل ففي التحرير أن الوجه احلاف الكفيل مع احتمال بعيد (قلت) يريد انه يجوز أن يعلم الكفيل أن لاحق له على المكفول من قول المكفول أو من قرائن أخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان أخذ منه المال لتعذر المكفول لم يكن له الرجوع لاعترافه بالظلم ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ولعل المراد في عبارة الكتاب ان ذلك عند قيام البينة واثباته عند الحاكم أو لعله بناه على الاحتمال المرجوح وفي (التذكرة) انه لو تعذر احضاره فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة اشكال أقربه عدم الوجوب وهو خيرة جامع المقاصد والمسالك والروضة لان الحق لم يثبت بحلفه السابق لانه لاثبات حق في الجملة يصحح الكفالة و يكفي فيه توجه الدعوى ووجوب الاحضار عليه لا المال نعم لو أقام بينة به وأثبته عند الحاكم ألزم به ولم يرجع به على المكفول لاعترافه ببراءة ذمته وانه مظلوم كذا قالوه ولي فيه تأمل اذ الحلف السابق صيره كفيلا واقعا فيجب عليه أداء المال اذا تعذر الاحضار كما هو ظاهر كلام المبسوط والسرائر والشرائع وغيرها مما لايذكر فيه مافي التذكرة في موضع منها وظاهرها في موضع آخر كظاهر المبسوط بل هو أظهر منه ولا سيما اذا حلف على انه يستحق عليه المقدار الذي ادعى نفيه أو نحوه ثم انه اذا كان قد كفل باذنه فانه يرجع عليه سواء اعترف المكفول به أم لا ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثاني لو تكفل اثنان برجل فسلمه احدهما فالاقرب براءة الآخر ﴾ كما في التحرير والتذكرة والمختلف والايضاح واللمعة

ولو تكفل لاثنين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر (الثالث) لو ادعى ابراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرأ من الكفاله دون المكفول من المال (متن)

وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية واستحسنه في الشرائع لان المقصود تسليمه وقد حصل حتى لو سلم نفسه أو سلمه اجنبي برأ الكفيل لحصول الغرض فاذا سلمه احد الكفيلين اولى وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق بل تسليمه عن نفسه وجهان وظاهر اطلاق القائلين بهذا القول هو الاجتزاء به مطلقاً وهو متجه كما في المسالك وقد تقدم مثله وهو ما اذا سلم المكفول نفسه ومثله يأتي في وجوب قبول المكفول له وقبضه عمن لم يسلم اذ لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه أو بدله وقد تقدم مثله وهو ما اذا سلمه اجنبي بدون اذن الكفيل والقول بعدم البراءة للشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة والقاضي فيما حكي عنه لانه لا دليل عليه وقد رماه جماعة كالمحقق الثاني والشهيد الثاني بالضعف (قلت) هذه الكفالة اما ان تكون وقعت على الترتيب أو دفعة لان الاصل وظاهر اطلاقاتهم جواز الامرين وعليهما يكون الشأن فيه كما لو كان بالدين رهنان فانفك احدهما فانه لم ينفك الآخر كما تقدم في الرهن على بعض الوجوه فقول الشيخ واتباعه ليس بتلك المكانة من الضعف خصوصاً في صورة الترتيب فتأمل ولهذا ما اقدم المحقق على المخالفة بل قال لو قيل بالبراءة كان حسنا والمصنف وغيره أتى بالاقرب وتظهر الفائدة فيما اذا هرب بعد تسليم الاول فعلى المشهور بين المتأخرين لا حق للمكفول له وعلى قول الشيخ له الرجوع على الكفيل الثاني لبقاء حقه عليه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تكفل لاثنين فسلمه لاحدهما لم يبرأ من الآخر ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح والحاصل انه لا خلاف فيه لاحد من الخاصة والعامة قالوا لانه بمنزلة عقدين فهو كما لو كفل لكل واحد منهما بانفراده وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى احدهما لم يبرأ من دين الآخر (قلت) الاظهر في التنظير انه كالمال المشترك بين اثنين في ذمة آخر فانه لا يبرأ بالدفع لاحد الشريكين الا ان يكون وكيلا عن الآخر في القبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ الثالث لو ادعى ابراء المكفول فرد المكفول له اليمين حلف وبرأ من الكفالة دون المكفول من المال ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو مبني على ان القول هنا قول المكفول له مع يمينه كما هو واضح وبه صرح في المبسوط والسرائر والتحرير والتذكرة وهو قضية كلام الباقين وحاصل مرادهم ان الكفيل اذا ادعى أن المكفول له أبرأ المكفول وانكر المكفول له فالقول قوله مع يمينه فاما أن يحلف على بقاء الحق أو يرد اليمين على الكفيل فان حلف برأ من دعوى الكفيل وثبت الكفالة ثم اذا جاء المكفول فادعى البراءة ايضاً لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل بل عليه له يمين اخرى لأن هذه دعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة نفسه وان لزمها بالآخرة دعوى براءة المكفول وان لم يحلف ورد اليمين على الكفيل وهو الذي ذكره المصنف والاكثر فاذا حلف أي الكفيل برأ من الكفالة ولا يبرأ المكفول من المال لاختلاف الدعويين كما عرفت ولانه لا يبرأ بيمين غيره وهذا مما يشهد على أن اليمين المردودة أصل برأسه كما حررناه في باب القضاء وليست كالاقرار ولا كالبينة ولو كانت كاحدهما برأ المكفول نعم لو حلف المكفول

(الرابع) لو ترامت الكفالات صح فان أبرأ الاصيل برؤا أجمع لو قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو بيدنه أو بوجهه أو برأسه صح اذ قد يعبر به عن الجملة (متن)

اليمين المردودة على الكفيل على البراءة برئا معا لسقوط الكفالة بسقوط الحق كما لو اداه وتصوير ذلك ممكن وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول لخلف برئا معا وان كان قد حلف المستحق اولا للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفالة وهذا معنى ما في التذكرة ﴿قوله﴾ ﴿الرابع لو ترامت الكفالات صح فان أبرأ الاصيل برؤا اجمع﴾ قد صرح بصحة ترامي الكفالات في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والشرائع والارشاد ومجمع البرهان وفي الاربعة الاول انه أن أبرأ الاصيل برؤا جميعاً ومعناه أن المكفول له لو أبرأ الكفيل الاصيل اعني الاول برؤا جميعاً لزوال الكفالة بسقوط الحق ويبرؤن جميعاً لو احضر الاصيل مكفوله لأنهم فروعه وكذا لو مات من عليه الحق اعني المكفول الاول وتختلف احكامهم في امور أخر ستسمعها (وبيان) الترامي انه لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صحت كفالة الكفيل من كفيل ثاني لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو المعنيّ بالترامي وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيهما ولا كذلك الكفالة فانه لا يصح دورها لان حضور المكفول الاول يوجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله (وليعلم) انه يختلف حكم الاحضار فيهم كاختلاف حكم الابراء والموت فمتى احضر الكفيل الاخير مكفوله برأ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله احضار من كفله وهكذا ولو أحضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برأ هو ومن بعده من الكفلاء وهكذا وقد عرفت انه لو أحضر الكفيل الاول مكفوله برأ الجميع وأما الابراء فقد عرفت انه لو ابرء المكفول له الكفيل الاول برؤا جميعاً ولو ابرأ غيره من كفالته أي اسقط عنه حق الكفالة برأ من بعده دون من قبله وأما الموت فمتى مات واحد منهم برأ من كان فرعا له فبموت من عليه الحق يبرؤن جميعاً كما عرفت وبموت الكفيل الاول يبرأ من بعده وهل للمكفول له مطالبة ورثته باحضار المكفول أو اداء ما عليه احتما لان والظاهر العدم كما تقدم وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله وبموت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الاولان ﴿قوله﴾ ﴿لو قال انا كفيل بفلان أو بنفسه أو بيدنه أو بوجهه أو برأسه صح اذ قد يعبر به عن الجملة﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان بل لانجد في ذلك مخالفا قبل الشهيد الثاني وظاهر بعضهم كما هو صريح آخرين انه لافرق بين ان يقول كفلته بوجهه وبرأسه أو كفلت وجهه أو رأسه لانه يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفا ويراد منه الذات لعدم امكان احضار العضو بدونها فيصدق عليه عقد الكفالة ويندرج تحت أدلتها اذ المستفاد منها صحة الكفالة على سبيل الاجمال لا خصوص صيغة بعينها فكل لفظ دل عليها أما بقرينه عرف أو علم امكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل للأصل واطلاق الادلة كما عرفت مع حمل كلام العاقل على الوجه الصحيح دون اللغو ولاسيما اذا صرح الكفيل بذلك أو عرف من حاله فكان الظاهر الصحة كما هو مختار اساطين المذهب ولا أقل من التفصيل بالقصد وعدمه ولا فرق في ذلك بين المتعارف وغيره ولا بين الاطلاق ووجود القرينة لانك ستعرف

أما لو قال كفلت كبده أو غيره مما لم تمكن الحياة بدونه أو ثلثه أو ما شابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم امكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري وكذا لو كان جزأ يمكن الحيوة مع انفصاله كيده ورجله (متن)

ان الاطلاق لاينفك عنها ولا تصغ الى ماذكره الشهيد الثاني تبعاً لما احتمله المحقق الثاني في القسم الثاني كما ستسمع قال في (المسالك والروضة) ان اطلاق الرأس والوجه على انفسهما خاصة أشهر من اطلاقهما على الجملة وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح بارادة الجملة من الجزأين اتجهت الصحة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدل على احدهما فعند ذلك لا يصلح تعليل الصحة بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة قلت الحمل على الوجه المصحح وهو ارادة الجملة من الجزء يوجبه انه عاقل فيصان كلامه عن الهذر واللغو وانه عقد فيجب الوفاء به ولا يمكن احضار العضو وحده فكان الاطلاق غير منفك عن القرينة وحينئذ فلا شك في حصول شرط الصحة وهو ارادة الجملة من الجزء فالتعليل صحيح والاطلاق يراد به الجملة وبعد ثبوت كونه عقداً جامعاً لشرط الصحة لايمكن التمسك بأصل البراءة (ومما ذكر) يعلم الحال في القسم الثاني وهو الاجزاء التي لايعيش بدونها وما في حكمها كما ستسمع ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو قال كفلت كبده أوغيره مما لا تمكن الحيوة بدونه أو ثلثه أو ماشابهه من المشاعة ففي الصحة نظر ينشأ من عدم السريان كالبيع ومن عدم امكان احضار الجزء الا بالجملة فيسري ﴾ الاقرب الصحه كما في التحرير وهو الوجه كما في التذكرة ومجمع البرهان وهو قضيه كلام الشرائع لما عرفته آنفا من ان كفالة الجزء الذي لا تمكن الحيوة بدونه تفضي الى كفالة المجموع لان احضاره لايمكن الا باحضار المجموع وقال في (جامع المقاصد) ولقائل ان يقول ان احضاره وان كان غير ممكن بدون احضار المجوع لا يقتضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة والمطلوب انما هو صحة الكفالة واحضار ذلك العضو وحيث ان صحتها انما تكون بكفالة المجموع ولم يصح هاهنا اذ المتكفل به ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن الا باحضار المجموع والعقود أسباب متلقات من الشرع فلا بد في صحتها من النص مع ان التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف انتهى وهذا ما اشرنا اليه آنفا وتبعه على جميع ذلك صاحب المسالك واستوجه البطلان في كتابيه ومثله الشهيد في حواشيه وقد عرفت الحال في ذلك بما لا مزيد عليه(١) من ان المراد كفالة المجموع لانه كناية عنه أو يستلزمه لانه عاقل ولان هذا عقد وان اطلاق نصوص الباب تشمله فالحظ جميع ماذكرناه آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو كان جزأ يمكن الحيوة مع انفصاله كيده ورجله ﴾ اي هذا كالاول فيه وجهان ناشئان من عدم السريان وامكان الانفصال مع بقاء الحيوة ومن احضار ذلك على صفته لايكون الا بأحضار البدن وعدم الصحة هنا خيرة المبسوط والشرائع والارشاد واللمعه والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة واستحسنه في التحرير ولم يرجح في التذكرة قلت لو قيل بالصحة لم يكن بعيداً ونعم ماقال في المسالك لايبعد القول

(١) من ان المستفاد من ادلة الكفالة صحتها على سبيل الاجمال لا لخصوص صيغة بعينها وان كل لفظ دل عليها ولو بقرينة عدم امكان احضار العضو وحده يصلح لها ويكون المقصود الكل (منه قدس سره)

لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال أو إحضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فكالاول (متن)

بالصحة لمن يقول بها فيما سبق انتهى وأما اذا علم من قصده بيده ارادة الجملة فالاشبه باصول المذهب بل الاقوى الصحة خلافا للروضة حيث قال فيها لا يصح وان قصدها بهما مجازا ﴿قوله﴾ ﴿لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالاقرب الزام الكفيل بالمال أو احضاره مع احتمال براءته ويحتمل الصبر﴾ ماقربه المصنف هو الذي صححه صاحب جامع المقاصد لان ذلك مقتضى الكفالة فانها تقتضي أحضار الغريم أو اداء ماعليه من المال والاصل بقاء ذلك الى أن يحصل المبرأ وهو المسقط للحق أو موت المكفول وأن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن فاذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه استوفي من الوثيقة ولعله لاينافي ما سبق له وللتذكرة مما يقضي بان مقتضى الكفالة انما هو الاحضار ويجوز الاكتفاء عنه باداء المال لانه له ان يقول اذا رضي بالاداء وجب فتأمل (وأما) الاحتمال الثاني فهو خيرة التذكرة وكذا التحرير على أشكال له فيه لان الاحضار واجب مع الامكان واذا غاب غيبة انقطع خبره بها كان احضاره ممتنعا فكان بمنزلة ما لو مات ولان وجوب الاحصار اذا سقط لم يجب المال لانه لم يتعهد به ووجوبه مع وجوب الاحضار حين امكانه اذا لم يأت به ورضي بالمال لايقتضي وجوبه بدونه وهذا أشبه بأصول الباب واخباره اذ ليس فيها تخيير وانما فيها الامر بالاحضار وظاهرها انه مع الامكان العرفي كما تقدم بيان ذلك كله وقد نسبناه الى الاصحاب من صريح وظاهر وهذا عين الثالث على الظاهر كما ستعرف وضعف بمنع كون احضاره مع الغيبة المنقطعة ممتنعا بل هو أمر ممكن فيجب على الكفيل تتبعه في البلاد أو اداء ماعليه ولا يخفى مافيه من الضرر العظيم أو تكليف ما لا يطاق مع فرضه التعذر في الاستدلال لاوجه لذكر الاحضار حينئذ في الكتاب (وأما) الثالث فهو خيرة الايضاح مستندا الى اصالة بقاء الكفالة ولا تتناول المال فيتوقع المكنه والا لزم تكليف مالايطاق والفرق بين الهرب والغيبة المنقطعة ان الهارب يعلم موضعه لكنه متى توجه اليه هرب الى موضع آخر وهكذا فكان بذلك كالغيبة المنقطعة هذا وقد ذكر في التذكرة فروعا (منها) انه لو فرط الكفيل في احضاره بان طالبه المكفول له باحضاره وكان متمكنا منه فهربه أو ماطل باحضاره حتى غاب غيبة منقطعة فان أوجبنا المال وجب هنا والا فاشكال ونحوه مافي جامع المقاصد (ومنها) انه لو كان غائبا حين كفل فالحكم في احضاره كالو غاب بعد الكفالة ونحوه مافي جامع المقاصد وفي الاخير انه لو وقع في بلاد الكفر بحيث لايقدر عليه أو في حبس ظالم بحيث لايمكن تخليصه وجب الصبر الى زمان امكان احضاره ولو رجى تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ولو احتاج الى بذل مال فاشكال وهذا منه كر على مذهب الايضاح ﴿قوله﴾ ﴿يجب على المكفول الحضور مع الكفيل ان طلبه المكفول له منه والا فلا ان كان متبرعا والا فكالاول﴾ يجب على المكفول الحضور اذا طلبه منه المكفول له حيث يجوز له طلبه كأن كانت حالة أو بعد حلول الاجل سواء كان تكفل باذن المكفول او ابتداء أي تبرعا كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أما الاول فواضح وأما الثاني فلان المكفول له أمره باحضاره فهو بمنزلة وكيله بمطالبته بالحضور فلا يجوز له الامتناع وليس

لو أسلم الكفيل على الخمر برأ من الكفالة (متن)

ذلك من جهة الكفالة كما وجه ذلك بذلك في التذكرة وجامع المقاصد وعلى الثاني أي حيث يكون قد كفله تبرعا اذا لم يطلب احضاره من الكفيل ولم يقل له أخرج من حقي ولا أخرج من كفالتك ولكن اراد الكفيل المتبرع احضاره لا يجب عليه الحضور لانه متبرع بالكفالة فلا حق له على المكفول ولا توكيل كما في التحرير وجامع المقاصد واليه اشار المصنف بقوله والا فلا ان كان متبرعا ومعناه ان لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور لكن يدخل فيه ما اذا لم يطلبه بان لم يقل له احضره لكن قال له اخرج من حقي اذ قضية كلام المصنف انه لا يجب عليه الحضور وهو خيرة التحرير وظاهر كلام ابن المتوج فيما حكاه الشهيد عنه لان ذلك ليس توكيلا في الاحضار اذ هو طلب الحق فلا تجب المتابعة وفي موضع من التذكرة ان الاقرب انه يجب عليه الحضور لان ذلك يتضمن الاذن في احضاره ونفى عنه البعد في جامع المقاصد وفي موضع آخر من التذكرة لا ترجيح (وعلى الاول) أي حيث يكون قد كفله باذنه فانه تجب عليه المتابعة حيث يطلبه الكفيل سواء طلبه منه المكفول أولا كأن لم يطلبه اصلا ولا قال له اخرج حقي أو قال له اخرج حقي ولم يقل له احضره كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكي عن ابن المتوج لانه سلطه على نفسه بالاذن في الكفالة بل في جامع المقاصد انه قطعي واليه اشار المصنف بقوله والا فكالاول اذ معناه انه ان لم يكن متبرعا بل كانت الكفالة بالاذن فكالاول يعني ما اذا طلب المكفول له من الكفيل احضار المكفول فانه تجب عليه المتابعة كما عرفت وعلى كل حال حيث يجب عليه الاحضار فمؤنته أي الاحضار عليه أي الكفيل كما نص عليه في التذكرة (قلت) ان كان كفل باذنه فالظاهر انه يرجع عليه بها في بعض الوجوه والا فلا ولوادى المال في شيء من هذه المواضع فان كان متبرعا باداته لم يرجع قطعاً وان كان قد كفل باذنه واذا ادى مع تعذر احضاره ومطالبة المكفول له وتضييقه عليه فله الرجوع عليه قطعاً مع اذنه في الكفالة والظاهر منهم ذلك ايضا مع التبرع كما هو صريح الكتاب فيما يأتي والتذكرة وجامع المقاصد لانه ادى دينه باذن شرعي فيستحق الرجوع ولا يخلو عن تأمل وقد نسبه في المسالك الى ظاهرهم واذا تمكن من الاحضار وادى المال فالاقرب انه لا يرجع لان الواجب الاحضار مع الامكان وقد أمكن فيكون متبرعا في اداء المال سواء حبس مع ذلك ام لا كما في التذكرة والمسالك وكذا جامع المقاصد وقد تقدم بيان ذلك كله مفصلا ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو اسلم الكفيل على الخمر برأ من الكفالة ﴾ كما في التذكرة والتحرير ومعناه انه اذا كان لذمي على ذمي خمر وكفله ذمي آخر ثم اسلم الكفيل فانه يبرأ من الكفالة لامتناع كون المسلم كفيلا بالخمر فتبطل الكفالة ويبقى الحق بين الذميين كما كان وظاهر التذكرة انه لا مخالف فيه أيضاً من العامة وقد استضعفه جدا في جامع المقاصد لان الكفالة ليست بالخمر بل بمن عليه الخمر وهو حق بالنسبة الى الذميين ولهذا يمنع المسلم من التعرض اليه ويضمن قيمته لو اتلفه مع عدم التظاهر قال بل قد بالغ السيد الفاضل عميد الدين فجوز كفالة المسلم للذمي اذا كان في ذمته خمر أو خنزير لذمي آخر محتجا بأن الكفالة ليست بالمال بل بالنفس مع ثبوت الحق للمكفول له في ذمة الكفيل وهو هنا كذلك ولا شبهة في وجوب الحضور على المديون هنا الى مجلس الحكم لوطلبه المستحق فلا مانع من صحة الكفالة اصلا قال وما ذكره حسن وجعل الاشكال في كلام المصنف

ولو أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال (متن)

متناولا للمسئلة وانت خبير بان مقتضى الكفالة الاحضار فان امتنع من احضاره حبس حتى يحضره أو يؤدي ما عليه وكذا لو امتنع عليه احضاره على رأي فانه يلزم بالمال ومن المعلوم أن الخمر مثليه فالزام المسلم بها هو ان يأتي بمثلها لا بقيمتها ومن المعلوم ان الخمر لا تجب على المسلم ولا على الكافر لانه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر فعاد الامر بالآخرة الى كون المسلم كفيلا بالخمر كما قالوه فلا وجه لقوله أن الكفالة ليست بالخمر وما استضعفه قوي جدا ان لم يكن متعينا وما استحسنه غير سديد وان ذهب اليه الفاضل السيد العميد مضافا الى مخالفة الاعتبار مع التظاهر في الامر وهو حبس المسلم لاجل كأس للذمي من خمر لانهم متى تظاهروا بالخمر زال احترامها (فان قلت) لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها (قلنا) الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار لانه يحبس حتى يؤدي وذلك مناف للاستتار كما ذكر ذلك كله في غصب جامع المقاصد فيما اذا اتلف الكافر لمثله خمرا فانه قال يجب عليه القيمة دون المثل مستندا الى ما ذكرنا و بذلك تفارق الكفالة الاتلاف الذي استندا اليه فانه يضمن قيمتها سرا وليس للكافر المطالبة بها وانما يطالبه الحاكم ولا يتأتى مثل ذلك في الكفالة هذا أن قلنا بضمان المسلم لها اذا اتلفها من غير المتجاهر وان قلنا بالعدم فالامر واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اسلم احد الغريمين برأ الكفيل والمكفول على اشكال ﴾ يريد انه لو اسلم احد الذميين المكفول له أو المكفول به في الفرض المذكور آنفا برأ الكفيل والمكفول كما جزم بذلك في التحرير والتذكرة لان الخمر لا تجب على المسلم اذا كان هو المكفول ويمتنع استحقاقه اياها اذا كان المكفول فيبرؤن جميعا (قلت) كما لو اقترض ذمي من مثله خمرا ثم اسلم احدهما فانه يسقط القرض كما جزم بذلك ايضا المصنف من دون اشكال في الفرع العاشر من باب القرض من الكتاب وفي (التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) مستندين الى انه لا يجب على المسلم اداء الخمر ولا قيمته لانه من ذوات الامثال وقالوا في باب السلم فيما اذا اسلم كافر الى كافر في خمر فاسلم احدهما قبل القبض انه يحتمل بطلان السلم وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد هنالك والسقوط لا الى بدل والمصنف هنا استشكل ومثله ولده في الايضاح حيث لم يرجح مما ذكر ومن أن الواجب بالنسبة الى المسلم القيمة عند مستحليه والاصل بقاء الكفالة لكنهم قالوا فيما اذا عقد الذميان على الخمر ثم اسلما أو اسلم احدهما أن المهر ينتقل الى القيمة واستندوا الى أن التعذر الشرعي كالتعذر الحسي وجماعة قالوا بالفساد وانه ينتقل الى مهر المثل وقال الاكثر على ماقيل لو كاتب الذمي عبده على خمر ولم يقبضه انه ينتقل الى قيمة الخمر وانه لا يلزمه قيمة نفسه ولا تبطل وجماعة قالوا بالبطلان (وقد يجاب) عن الكتابة بأنها من قبيل العتق المبني على التغليب والمسامحة فيه وكذا النكاح لان فيه شبها بالعبادة واعلم أن الكلام انما هو في الخمر وأما الخنزير في هذه الابواب فانه ينتقل الى قيمته لانه قيمي ومدار الامر في نحو المسئلة ان تعذر المثلي هل بتعذره في ذلك القطر أو بتعذره ولو بحكم الشرع والظاهر ان تعذر القيمي كالخنزير شرعا يقوم عندهم مقام التعذر الحسي وتوجيه الفرق ممكن الا على القول بأن القيمي يجب مثله أولا ثم ينتقل الى قيمته وحقق في جامع المقاصد تحقيقا نسبه في التذكرة الى أبي حنيفة وقال المصنف فيها أي التذكرة انه غلط وهو انه ان كان المسلم هو مستحق الخمر سقطت الخمر وقيمتها لامتناع ملكها له والاصل براءة ذمة الذمي من وجوب قيمتها وحيث كان المانع منه انتفى استحقاقه

لو خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وان قصد الرجوع به أو قال له بعضهم القه فألقاه (متن)

القيمة وان كان المسلم هو من عليه الخمر كان عليه القيمة لأنه باسلامه منع الخمر المستحقة في ذمته للذمي مستتر فيجب الانتقال للقيمة وهلا فصل هذا التفصيل في القرض والسلم مع انه لافرق كما نص عليه الشهيد في حواشيه وقد قال في (جامع المقاصد) في باب السلف ان تخيل انه باسلامه منع الخمر المستحقة فكان بمنزلة اتلافها ليس بشيء لانه لم يتلف شيأ ولا تسبب في الاتلاف فما حققه هنا قال هناك انه ليس بشيء وقد نبهنا في باب القرض على اختلاف رأيه في الابواب الثلاثة وعلى تقدير صحة ما قاله في جامع المقاصد من الانتقال الى القيمة هل يبرأ الكفيل أولا يحتمل الاول لانه انما كفل على حق حاضر وقد زال ووجب غيره ولا كفالة على المتجدد والثاني لان الكفالة على الاحضار وهو هنا أقوى لان ايجاب القيمة أقوى من وجوب الخمر ﴿قوله﴾ ﴿لوخيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف لم يرجع به على أحد وان قصد الرجوع به أو قال له بعضهم القه فألقاه﴾ هذه المسئلة قد تذكر في باب الضمان وفي باب الكفالة وفي باب الديات وقد استوفينا الكلام فيها وفي أطرافها في باب الديات وكيف كان فالمستفاد من كلامهم في المسئلة في الابواب الثلاثة أن السفينة اذا أشرفت على الغرق جاز القاء بعض أمتعتها في البحر وقد يجب رجاء نجاة الراكبين اذا خيف عليهم فيجب القاء ما لا روح له وان علت قيمته لنجاة ذي الروح ولا يجب القاء الحيوان اذا حصل الغرض بغيره واذا مست الحاجة الى القاء الحيوان قدمت الدواب لبقاء بني آدم ولا فرق بين العبيد والاحرار فلا يقدم العبد على الحر ولعلهم يريدون ببني آدم ما كان معصوم الدم كالمسلم والذمي والمعاهد لا المرتد والزاني المحصن والحربي واللائط فهذه تقدم على الدواب الا الكلب العقور والخنزير والفواسق الخمس فانه يتخير كما نبهوا على ذلك في باب التيمم والاطعمة وقال المحقق الثاني اذا قطع بغرق السفينة وهلاك بعض أهلها و بسلامتها لو ألقى المال في البحر ففي وجوب الالقاء لانقاذ الغير من الهلاك اشكال انتهى ونحو ذلك ما في الخلاف والسرائر في مثله من انه لو اضطر الى طعام الغير يعني لحفظ نفسه لم يجب على الغير اعطاؤه لان الاصل براءة الذمة وايجاب ذلك يحتاج الى دليل وفي (التحرير والكتاب) فيما يأتي لو امتنع المالك من بذله بالا كثر من ثمنه حل للمضطر قتاله وكان دم المالك هدرا ودم المضطر مضمونا ونحو ذلك ما في المبسوط من أن المضطر أولى من المالك بطعامه وحكى ذلك عن غير المبسوط وظاهرهم في باب اللقطة الاطباق على ذلك ولا دليل لهم الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى فانظر الى هذا الاختلاف ولعل التفصيل بالطلب وعدمه أولى كما ستسمع واذا قصر من لزمه الالقاء فعليه الاثم دون الضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك اذا لم يطلب المضطر منه وكذا كل من رأى انسانا في مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه نعم لو اضطر الى طعام غيره أو شرابه فطلبه منه فمنعه اياه مع غنائه في تلك الحال فمات ضمن المطلوب منه لانه باضطراره اليه صار أحق من المالك ولو أخذه قهرا فمنعه اياه عند طلبه سبب للهلاك كما نص عليه في التحرير (وقد يقال) ان الطالب نوعان طالب بلسان حاله وآخر طالب بمقاله وقد قالوا في باب الزكوة والخمس ان الفقراء طالبون بلسان الحال فاذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره باذنه

أما لو قال له القه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة (متن)

رجاء السلامة فلا ضمان على أحد ولو ألقى متاع غيره بغير اذنه وجب عليه الضمان لأنه أتلفه بغير اذنه من دون أن يلجأه الى الاتلاف فكان كما اذا أكل المضطر طعام الغير وليس كما اذا صال عليه البعير المغتلم فقتله دفعا عن نفسه لانه هنا ألجأه الى الاتلاف (ويبقى) سؤال الفرق بين ما اذا ألقى متاع نفسه لتخليص غيره من الغرق فانه حينئذ لاضمان على أحد و بين طعام المضطر وايجار الطعام في حلقه فانه يرجع عليه بقيمته اذا كان ذا مال (وجوابه) أن الملقي لمتاع نفسه ان شمله الخوف فهو ساع في تأدية واجب وهو تخليص نفسه وان حصل بذلك تخليص غيره فلا يرجع على غيره ولا كذلك صاحب الطعام مع المضطر للاذن من الشارع حيث أوجبه وهو مقتض للرجوع وان لم يشمله الخوف فالفرق أن المطعم مخلص لامحالة وملقي المتاع غير دافع لخطر الغرق لانه يحتمل أن يغرق وأن لايغرق فكان الاول كشرب الخمر لدفع العطش والثاني كشربها للتداوي وأما حيث يقطع بعدم الغرق اذا ألقى فقد يفرق بالمباشرة في المضطر وعدمها في أصحاب السفينة أو يقال انهم يلتزمون ذلك في ذلك فليتأمل جيدا (اذا تقرر) ذلك فعد الى عبارة الكتاب أما الاول فظاهر وأما الثاني وهو الحكم بعدم الضمان فيما اذا قال له بعضهم القه فألقاه من دون أن يقول وعليّ ضمانه فقد صرح به في ديات المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك وكشف اللثام وكفالة التذكرة وجامع المقاصد للاصل وهو كما لو قال اعتق عبدك فأعتقه أو طلق زوجتك فطلقها والفرق بينه و بين قوله أدّ ديني فأداه أو اضمن عني فضمن عنه حيث يرجع عليه ان أدى أو ضمن وأدى انه لما أدى أو ضمن وأدى فقد وصل اليه النفع ولا كذلك القاء المتاع فانه قد يفضي الى النجاة وقد لايفضي فلا يضمن الا مع التصريح ولعل الاصل فيه أن الضمان على خلاف الاصل وهذا النوع منه على خلاف الاصل في الضمان لانه ضمان ما لم يجب فيقتصر على المتيقن وقوله أدّ عني واضمن عني قد تضمن وكالة في الاستقراض والاداء ولا كذلك ما نحن فيه

﴿قوله﴾ ﴿ أما لو قال له القه وعليّ ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان للحاجة ﴾ كما صرح به في الشرائع وغيرها بل في الخلاف أن عليه اجماع الامة وخلاف أبي ثور شاذ لا يعتد به وهو معنى قوله في المبسوط أن لاخلاف فيه الا من أبي ثور فكان كما لو قال اطلق هذا الاسير ولك عليّ كذا واعتق عبدك عني على كذا وعن (الخلاف) ان عليه اجماع الامة وقد يلوح من ضمان التحرير التأمل في ذلك لانه خارج عن الاصل لانه ضمان مالم يجب وفي (ضمان التذكرة وكفالة جامع المقاصد) لو قلنا انه جعالة خلصنا من الالزام (وليعلم) أن الضمان انما يجب على الملتمس بشرطين (أحدهما) أن يكون الالتماس عند خوف الغرق كما ستعرف (الثاني) أن لاتختص فائدة الالقاء بصاحب المتاع كما ستسمع أيضا فلو اختصت به بطل ولم يحل له أخذه لانه فعل ماهو واجب لمصلحته كما لو قال للمضطر كل طعامك وأنا ضامن فأكل فانه لايرجع على الملتمس ومن هنا يعلم أن فائدة التخلص بالقاء المتاع تفرض على وجوه خمسة (الاول) أن تختص بصاحب المتاع (الثاني) أن تختص بالملتمس فيجب الضمان (الثالث) أن تختص بغيرهما فيجب الضمان لانه غرض صحيح في محل الحاجة (الرابع) أن تعم صاحب المتاع وغيره فيجب الضمان مع احتمال تقسيط المال على مالكه وسائر من فيها فيسقط قسط المالك و يجب الباقي فلو كان معه واحد وجب نصف الضمان (الخامس) أن يكون في الالقاء تخليص الملتمس وغيره فيجيء الاحتمال

ولو قال عليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ولو قال وعليّ ضمانه وعلى الركبان فقد أذنوا لي فأنكروا بعد الالقاء ضمن الجميع بعد اليمين على (متن)

في سقوط حصة المالك هذا وقيمة الملقى انما تعتبر حين الالقاء لانه وقت الضمان ويحتمل اعتبارها قبل هيجان الامواج اذ المال لاقيمة له في تلك الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال عليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فامتنعوا فان قال أردت التساوي لزمه قدر نصيبه ﴾ وقال في باب الديات من الكتاب ولو قال حالة الخوف الق متاعك وعليّ ضمانه مع ركبان السفينة فامتنعوا فان قال أردت التساوي قبل ولزمه بحصته وأما الركبان فان رضوا ضمنوا والا فلا وقالوا في باب الديات الضمان على ضربين ضمان اشتراك وضمان انفراد واشتراك معا فضمان الاشتراك كأن يكون لرجل على رجل ألف فقال عشرة أشخاص ضمنا لك الالف التي على فلان فيكون جميعهم ضمنا وكل واحد منهم ضامن عشر الألف فله أن يطالبهم جميعا بالألف وأن يطالب كل واحد بعشر الالف كما لو وكلهم في بيع عبد أو أوصى اليهم في بيع تركته وضمان الاشتراك والانفراد مثل أن يقول ضمنا لك وكل واحد الألف التي لك على فلان فيكون الجميع ضامنين لكلها وكل واحد ضامن لكلها فان قال واحد من العشرة ضمنت لك أنا وأصحابي مالك على فلان وسكت ولم يكونوا قد وكلوا بذلك ضمن عشر الألف لانه لم يضمن الكل وانما ضمن بالحصة هذا فان كان ضمان الالقاء في البحر ضمان الاشتراك ضمن كل واحد مايخصه وان كان ضمان اشتراك وانفراد ضمن كل واحد منهم كل المتاع وان كان قد قال القه على أني وركبان السفينة ضامنون فسكتوا ضمن بالحصة وان قال على أني وكل واحد منهم ضامن ضمن الكل نص على ذلك كله في المبسوط وهو يتأتى على مذهب ابن حمزة في باب الضمان حيث قسمه الى ضمان انفراد وضمان اشتراك والمتأخرون على خلافه كما حررناه في باب الضمان ولعلنا نجيزه في المقام ونخالف القواعد لمكان الضرورة كما خالفناها في أصل المسألة وممن نص على جوازه في المقام غير الشيخ في المبسوط المصنف في التحرير والتذكرة ثم عد الى عبارة الكتاب فقوله ولو قال الى آخره يريد به انه قال ذلك حالة الخوف وقوله فامتنعوا يريد به انهم امتنعوا من الضمان قبل الالقاء أو بعده بان ردوا صريحا وقوله اردت التساوي يراد به ضمان الاشتراك على ان يكون هو كاحدهم فيما يصيبه من المال بعد التوزيع (وقد يقال) ان هذا اللفظ ظاهر في الاشتراك كما صرح به في المبسوط فلو مات ولم يقل اردت التساوي حملناه عليه الا ان تقول ان هذا اللفظ مطلق عرفا كما هو ظاهر المحقق والمصنف وغيرهما أو صريحهم أعني ما اذا قال وعليّ ضمانه مع ركبان السفينة أو أنا وركبان السفينة ضامنون والصريح في التقسيط ان يردفه بقوله كل واحد بالحصة كأن يقول وعليّ ضمانه مع ركبان السفينة كل واحد بالحصة كما ان صريح الاشتراك والانفراد ان يقول اني وكلا من الركبان ضامنون وأما قوله في باب الديات اذا رضوا ضمنوا فمعناه انهم اذا أجازوا ذلك العقد الفضولي بالقول كان لازما وأما قوله والا فلا فللأصل بمعنييه وانه لايلزم بالفضولي شيء اذا تعقبه الرد الصريح وفي (جامع المقاصد) وكذا التذكرة انه يكفي في الرد السكوت فان السكوت اعم من الرضا (قلت) وفيه تأمل وكيف كان فما في الكتاب خيرة المبسوط والشرائع والتحرير والمسالك كما بينا ذلك كله في باب الديات ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو قال وعليّ ضمانه وعلى المركبان فقد اذنوا لي فانكروا بعد الالقاء ضمن الجميع بعد اليمين على

اشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان وكذا مزق ثوبك وعلي الضمان أو اجرح نفسك وعلي ضمانه بخلاف طلق زوجتك وعلي كذا (متن)

أشكال ينشأ من استناد التفريط الى المالك ﴾ وقال في باب الديات فان قال قد اذنوا لي فانكروا بعد الالقاء حلفوا وضمن هو الجميع من دون أشكال وهو خيرة الشرائع والتحرير وهو يتم بغير أشكال مع ارادة ضمان كل واحد الجميع وعلى تقدير ضمان الاشتراك وهو التحاص يكون الوجه فيه انه غرّ المالك بكذبه (وفيه) انا نمنع الغرور هنا اذ لعله صادق فيما أخبر به عنهم والخيانة من قبلهم في الانكار وترك الاشهاد والسؤال منهم مستند الى تقصير المالك مضافا الى أصل البراءة فلا يضمن الا حصته كما هو خيرة كفالة الايضاح وجامع المقاصد وكذلك المسالك وكشف اللثام وقد استشكل المصنف هنا وفي كفالة التذكرة مما ذكر من انه مغرور فيرجع على من غره ومن استناد التفريط الى المالك حيث القى متاعه قبل الاستيثاق وفي (المبسوط) انه يضمن دونهم وهو يحتمل الأمرين ضمان الجميع والضمان بالحصة وتقييد الانكار بكونه بعد الالقاء لانه لايضمن لو كان قبله سوى حصته لان التفريط حينئذ من المالك حيث لم يستوثق ولو ثبت انهم لم يأذنوا له بالبينة وان عسر ذلك لانها شهادة على النفي أو باقراره فالظاهر انه يضمن لانه قد غرّ المالك وبقي هنا شيء وهو ان المتاع الملقى لايخرج عن ملك مالكه فلو لفظه البحر على الساحل واتفق الظفر به فهو لمالكه ويسترد الضامن المبذول ان لم تنقص قيمة المتاع ولو نقصت لزمه من المبذول بنسبة النقص وهل المالك ان يمسك ما أخذ ويرد بدله فيه وجهان تقدم مثلهما في المغصوب اذا رد الغاصب بدله لتعذر العين ثم وجدت وأولى بلزوم المعاوضة هنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو لم يكن خوف فالاقرب بطلان الضمان ﴾ كما في ديات الشرائع والتحرير والكتاب وكفالة التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في ديات المبسوط والايضاح وهو المحكي عن المهذب وفي (المبسوط) لاخلاف في عدم الضمان وقد بينا الحال في عبارة المبسوط في باب الديات ووجهه ان هذا الضمان على خلاف الاصل والاصل براءة الذمة ولا فائدة فيه تركنا العمل بالاصلين مع الخوف للفائدة والمصلحة فيبقى الباقي فكان هو المفرط في اتلاف ماله لان المفروض كما له بالبلوغ والعقل لكنه قال في الايضاح ان المراد انه خلا عن الخوف ولم يخل عن الفائدة بل ذكر فيه فائدة وهي ان تخف السفينة أو غير ذلك من الفوائد لانه لو خلي عن الفائدة بالكلية لم يصح قطعا ونحوه ما في جامع المقاصد (قلت) ويؤيده مع موافقته للاعتبار في الجملة انه في المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان فيما اذا قال مزق ثوبك وعليّ ضمانه وما ذاك الا لخلوه عن الفائدة بالكلية لكنه ذكر هذا المثال بعده في المبسوط والشرائع والتحرير والكتاب قد يرشد الى انه مثله في الخلو عن الفائدة بالكلية وبه صرح في المسالك وليس ذلك كله بشيء ووجه احتمال الضمان عموم الامر بالوفاء بالعقود والمؤمنون عند شروطهم ولا مخصص هنا على انه قد غره بذلك ولأنه قد يحصل الانتفاع بخفة السفينة كما في جامع المقاصد ثم قال وليس بشيء ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا مزق ثوبك وعليّ الضمان أو اجرح نفسك وعليّ ضمانه ﴾ قد سمعت مافي المبسوط من نفي الخلاف عن عدم الضمان ومثل هذين أهدم دارك وعليّ ضمانها ﴿ قوله ﴾ ﴿ بخلاف طلق زوجتك وعليّ كذا ﴾ فانه يصح ذلك جعالة اذا أتى بالمجعول عليه ودليل الصحة انه عمل مقصود محلل وربما كان عالما بالتحريم بينهما فطلب التفرقة

الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو احالة وغيرها برأ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لانه كالقضاء لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل باذنه أولا ولو ظهر بعد الاداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴿ المقصد الخامس في الصلح ﴾ وفيه فصول ثلاثة (الاول) (متن)

بالعوض ولا كذلك لو بذل له تبرعا مالا من ماله ليخلعها لان المقصود من البذل جعل الواقع خلعاً لتترتب عليه أحكامه المخصوصة لامجرد بذل المال في مقابلة الفعل بخلاف الجعالة فان غرضه وقوع الطلاق بان يقول طلقها وعليّ الف ولا مانع من صحته ولا يشترط في اجابته الفورية والمقارنة لسؤاله بخلاف الخلع ومثل ما نحن فيه ما اذا قال اعتق عبدك وعليّ كذا اذ لعله طلب الثواب في العتق (ثواب العتق خ ل) أو علم كون العبد حرًا ولو خلي في هذين عن الفائدة لم يكن مقصودا للعقلاء ﴿ قوله ﴾ ﴿ الاقرب انتقال حق الكفالة الى الوارث ولو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو احالة وغيرها برأ الكفيل وكذا لو أحال المكفول المستحق لانه كالقضاء ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله وأعاده للفرق بين انتقال الحق من الموروث الى الوارث وبين انتقال الحق من المستحق الى غيره ببيع ونحوه فان الكفالة لاتنتقل حينئذ بخلاف الارث فانه يقتضي نقل كل حق للموروث فينتقل الدين وما يتعلق به (والحاصل) ان مورد الارث عام في المال وحقوقه ومورد المعاوضة ماوقع عليه العقد وقد نص عليه في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو أدى الكفيل لتعذر احضار المكفول كان له مطالبة المكفول بما أداه عنه سواء كفل بأذنه أولا ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي (المسالك) نسبته الى ظاهرهم وذلك اذا طالبه المكفول وضيق عليه بحيث يكون واجباً عليه وقد تقدم الكلام في ذلك في موضعين ولنا فيه نظر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو ظهر بعد الاداء سبق موت المكفول رجع الكفيل على المكفول له ﴾ كما في التذكرة ووجهه ظاهر (فروع) الاول لو مات المحال عليه الموسر ولم يترك شيئا برأ الكفيل وسقط دين المحتال (الثاني) لو قال اعطِ فلانا كذا لم يكن كفيلا ولا يلزمه شيءٌ وان كان خليطا نص عليه في التحرير (الثالث) لو قال رجل لآخر أعط فلانا عني كذا كان كفيلا صرح به في التحرير أيضاً وهذا فرع تمس الحاجه اليه كثيرًا كما اذا غصب الظالم على رجل وأراد منه مالا ليفكه من حبسه واسره وظلمه أو نحو ذلك فقال لآخر أدّ عني أو أضمن عني فانه يكون كفيلا لأنه أوقعه في يد غريمه أو ظالمه بالتماسه وله نظائر فكان هذا ومن خلص غريماً من يد صاحبه قسمين من أقسام الكفالة (الرابع) عقد الكفالة يصح دخول الخيار فيه مدة معينة لقوله جل شأنه أوفوا بالعقود وقوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم نص عليه في التذكرة وحكى عن الشافعي بطلان العقد وعن ابي حنيفه بطلان الشرط فقط (الخامس) اذا قال رجل لرجل ان فلانا قد لازم فلانا وضيق عليه فاذهب فتكفل به فتكفل كما أمره غير مكره كانت الكفالة على من باشر العقد دون الآمر نص عليه في المبسوط

الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب (متن)

﴿المقصد الخامس في الصلح وفيه فصول ثلاثة الاول﴾

﴿قوله﴾ ﴿الصلح عقد جائز سائغ شرع لقطع التجاذب﴾ أجمعت الامة على جواز الصلح في الجملة ولم يقع بين العلماء خلاف فيه كما في التذكرة والمهذب البارع وعليه اجماع المسلمين كما في المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة كما في التحرير وقد نقل عليه اجماعنا في عدة مواضع ونفى عنه الخلاف بيننا كذلك وقد طفحت بهذا التعريف كتبهم كالوسيلة والشرائع والنافع والتحرير والتنقيح وغيرها وقضية اشتراطه بسبق الخصومة لان القاطع للتجاذب مسبوق به وقد أطبقوا على أنه لا يشترط في صحته سبقها أي الخصومة كما صرحت بذلك عباراتهم بل ظاهر التذكرة والمسالك والمفاتيح الاجماع عليه وفي (الكفاية) انه لا يعرف فيه خلافا وفي (مجمع البرهان) ان دليله الاجماع المفهوم من التذكرة وقبل ذلك أدعى هو أي الاردبيلي الاجماع منهم على ذلك وطريق الجمع أن يقال ان أصل شرعيته لذلك أي قطع النزاع والتعريف مبني على ذلك ولا يلزم من ذلك ثبوته في كل فرد من أفراده اذ القواعد الحكمية لا يجب اطرادها كما قيل في قوله جل شأنه أعدت للمتقين واعدت للكافرين فانه لا ينافي دخول غير المتقين الجنة والعاصي غير الكافر النار وكما هو الشأن في مشروعية العدة فانها عللت باستبراء الرحم وأطردت فيمن طلق زوجته المدخول بها أو مات عنها بعد مفارقته لها سنين عديدة وكما في غسل الجمعة وكما في الفسخ بالعيب لانه مظنة نقصان القيمة وكما في القصر للمشقة في السفر (وعساك تقول) ان السفر المخصوص مظنة المشقة والقصر تابع له بخلاف الصلح فان الحكم لا يتعلق بما هو مظنة التجاذب بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلا (لأنا نقول) انها مناقشة في نظير واحد ثم ان الادلة الدالة على ثبوته على نحوين (احدهما) مادل على انه موضوع لقطع التنازع من دون ان يدل على انحصاره فيه كقول جل شأنه (وان امرأة خافت من بعلها نشوزا اواعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا) فانه يدل على رفع المنازعة المتوقعة وكذلك بعض الاخبار وقوله تعالى واصلحوا بينهما ونحو ذلك فانه يدل على رفع السابقة (والثاني) ما دل باطلاقه على جوازه مطلقا كالاجماعات والنبوي وحسنة البختري أو صحيحته اذ فيهما أي الخبرين الصلح جائز بين المسلمين فيجوز أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه كما دلت عليه بقية الادلة سلمنا انها لا تساعد لمكان لفظ الصلح المتمر أو الظاهر في الخصومة لكنا نقول حيث تثبت شرعيته لنقل الملك مع الخصومة تثبت مطلقا اذ لا اصل عدم كون الخصومة شرطا له مع عدم القائل منا بالفصل على انه تعريف غير متلقى من الشارع فليس بحقيقة شرعية فيجوز أن يكون تعريفا للمتفق عليه بين المسلمين ويظهر من فخر الاسلام كما هو صريح الفاضل المقداد والقطيفي الجواب بانهم اشاروا بهذا التعريف الى ان الغرض الاقصى منه غالبا رفع الخصومة سواء تقدمت ام لا حيث يقدر انه لولاه لحصلت كالصلح على الدين المجهولة للمتصالحين فان النزاع يحصل غالبا لولا عقد الصلح وستسمع ما في التحرير والحواشي وكيف كان فهنا فوائد (الاولى) قال المصنف في التحرير والشهيد في الحواشي الصلح على انواع صلح بين المسلمين واهل الحرب وصلح بين اهل العدل والبغي وصلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق وسيأتي وصلح بين الخصمين في الاموال وهذا

الا ما أحل حراما أو حرم حلالا (متن)

الباب معقود له أنتهى كلامهما وقضيته انه لا يصح الاستدلال عليه في المقام بآية الشقاق ونحوها كما في التذكرة وغيرها فتأمل (الثانية) قال في المهذب البارع يثبت فيه خيار الشرط اجماعا (قلت) قد نفاه عنه الشيخ في المبسوط لكن المشهور ثبوته فيه كما تقدم في البيع وفي (التحرير وجامع المقاصد) انه لا يجري في الصلح الذي يفيد الابراء وقال في (المهذب البارع) انه لا يثبت فيه خيار الغبن ولا المجلس وقد يظهر ذلك أي عدم ثبوت خيار الغبن فيه من الوسيلة والتحرير وغيرهما واما عدم جريان خيار المجلس فيه فمالا ريب فيه واستشكل في المقتصر في ثبوت خيار الغبن فيه ثم استظهر العدم وقال (فخر الاسلام والشهيد في الدروس) والمقداد والقطيفي والصيمري انه يثبت فيه خيار الغبن كما سلف في باب البيع ولعل الاولى ان يقال أن وقع على معاوضة دخله خيار الشرط وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط لانه شرع لقطع المنازعة واشتراط التأخير يعود بالخصومة فكان منافيا لمشروعيته فتأمل جيدا بل قد يقال بعدم دخوله اذا وقع على ابراء مافي الذمم مع جهالته وكذلك الحال في خيار المؤامرة واما خيار الغبن فان وقع الصلح على معاوضة ثبت فيه خيار الغبن بل لوشرط سقوطه بطل العقد أو الشرط على احتمال كما قال بكل جماعة في البيع وان وقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه وكان مغبونا فيما صالح عنه فلا خيار وكذا ان وقع على ما في الذمم وكان مجهولا ثم علم بعد عقد الصلح وظهر غبن احدهما على تأمل وان فصل هذا التفصيل ابو العباس والصيمري لان مداره على الضرر وعدمه والعموم قضية اطلاق الدروس (الثالثة) الظاهر انه اذا وقع على معاوضة يثبت فيه خيار الرؤية والعيب وخيار التأخير وما يفسده المبيت لمكان الضرر الا ان تقول ان خيار التأخير خاص بالبائع والبيع لمكان الخبر الخاص كما قال جماعة وذلك لا يقضي بنفيه فيما يفسده المبيت وان كان من سنخه لان المدار فيه وفي العيب والرؤية على الضرر (والحاصل) ان اخبار الصلح انما تدل على جوازه ومشروعيته وعموم اوفوا بالعقود وان قضى باللزوم لكنه مخصوص بخبر الضرر المجمع عليه فكان المدار على الضرر بل قد يقال كما قيل في البيع انه لو شرط سقوط خيار الرؤية بطل العقد وحيث يجوز الفسخ للعيب ولا (١) ارش هنا مع احتماله كما في الدروس (الرابعة) قال فخر الاسلام الصلح صالح لنقل الاعيان ونقل المنافع وابراء الذمة ولمجرد قطع المنازعة وهذا من خصايصه وليس في العقود ما يجمع ذلك كله (قلت) ومن خصايصه انه يصح مع جهالة مخصوصة كما سيأتي ويأتي الكلام في افادته مجرد قطع المنازعة (الخامسة) الذي نختاره جريان المعاطاة فيه كما تقدم بيانه في باب البيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا ما احل حراما أو حرم حلالا ﴾ هذا هو الحديث النبوي المروي في الفقيه مرسلا وقد روته العامة أيضا (قال في الفقيه) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما وحرم حلالا وقد نقل على هذا اجماع المسلمين في المبسوط والسرائر واجماع العلماء كافة في التحرير واجماعا في الغنية وبه طفحت عباراتهم وهذا الاستثناء معتبر في جواز جميع العقود بل يعتبر في جميع الامور الجائزة عدم اشتمالها على حرام ولعلهم انما يذكرونه في الصلح

---

(١) كذا في النسخ والظاهر فلا اولا (مصححه)

كالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير او صالحه مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه أولا فان الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا فصالحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره وان افاد فائدته (متن)

وخيار الاشتراط لوجوده في الاخبار فيهما وستسمع معنى ذلك ﴿قوله﴾ (كالصلح على استرقاق حر اواستباحة بضع أو صالحه بخمر أو خنزير أو صالحه مع انكاره ظاهرا على بعض ما عليه سواء عرف المالك قدر حقه اولا فان الصلح في مثل ذلك لا يثمر ملكا ولا ابراء الا ان يعرف المالك ما عليه ويرضى باطنا وكذا لو كان المدعي كاذبا فصالحه المنكر فانه غير مباح الا مع رضا الباطن) هذه الاقسام يمكن ان تجعل من المحللة للحرام والمحرمة للحلال باعتبار العوضين وفي (التنقيح والمسالك والروضة) انه قد فسر فيه تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر أو استباحة بضع لا سبب لاباحته غيره أو ليشرب أو احدهما الخمر ونحو ذلك وتحريم الحلال بان لا يطأ احدهما حليلته اولا ينتفع بماله ونحو ذلك والاستثناء على هذا متصل لان الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا و باطنا وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعته أو بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى والاستثناء عليه يكون منقطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه متصلا نظرا الى بطلانه في نفس الامر ولعل هذا التفسير اجود مما قبله لانه مؤثر ظاهرا وهو الذي يناسب ظاهر حال الشارع بخلاف السابق لعدم التأثير فيه اصلا بل اطلاق المحلل والمحرم عليه انما هو بحسب ارادة المصطلحين خاصة وزاد في التنقيح في تفسيره بان يصطلحا على معاملة تؤدي الى الربا أو على جارية يأخذها احدهما بشرط أن لا يطأها انتهى وهذان حكاهما كاشف الرموز عن صاحب الواسطة وهذا يعطي انه يدخله الربا ويأتي الكلام فيه وقد يشعر اطلاق كلام التنقيح في المثال الثاني بان المراد بالحلال والحرام ما كان كذلك باصل الشرع أو به و بتوسط العقد وقد تقدم الكلام في مثل ذلك في باب الشرط في البيع عند بيان معنى قوله صلى الله عليه وآله وسلم المؤمنون عند شروطهم الا شرطا حلل حراما أو حرم حلالا وقد قلنا هناك ان مرادهم الاول الا ان يدل دليل على ارادة مايعم الثاني وقد بينا الحال هناك ومعنى قوله في الكتاب أو صالحه مع انكاره ظاهرا الى آخره انه اذا انكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع سواء كان من جنسه ام لا فان هذا الصلح باطل بحسب الواقع ولا يثمر ملكا ان كان المدعى به عينا ولا ابراء ان كان دينا سواء عرف المالك قدر حقه ام لا وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه ام لا لان صلحه ربما كان توصلا الى اخذ بعض حقه الا ان يعلم ان المالك قد رضي باطنا مع علمه بقدر الحق ووجه البطلان فيما لو كان المدعي كاذبا فصالحه المنكر ان الظاهر انه يريد التخلص من عهدة دعواه الكاذبة وانه مع عدم التراضي اكل مال بالباطل هذا بحسب نفس الامر اما بحسب الظاهر فانه صلح صحيح وتمام الكلام يأتي في ذلك كله ﴿قوله﴾ (وهو أصل في نفسه ليس فرعا على غيره وان أفاد فائدته) قال في

(التذكرة) الصلح عند علمائنا أجمع عقد قائم بنفسه ليس فرعا على غيره بل أصل في نفسه منفرد في حكمه ولا يتبع غيره وجعله في السرائر مذهب أهل البيت عليهم السلام والاجماع ظاهره أي السرائر في موضعين منها أيضا وهو أي الاجماع ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام والمفاتيح وفي مجمع البرهان كأن ما نسب الى المبسوط نقله عن العامة لا مذهبا له والا لما ادعى في التذكرة الاجماع من دون نقل خلاف وقد حكيت الشهرة عليه في التنقيح وجامع المقاصد والكفاية ولا يعجبني ما في المختلف والروضة من أنه الاشهر مضافا الى ما ذكره بعده في المختلف كما ستسمع ومما صرح فيه بذلك أي باصالته وعدم فرعيته الشرائع والتحرير والمختلف واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد وايضاح النافع والروضة والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو ظاهر الباقين من وجوه أحدها ان الاصل في العقود الاصالة كما في التذكرة وقد نسب في السرائر وكشف الرموز الخلاف الى الخلاف لقوله فيه اذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوي دينارا فاقر له به فصالحه على دينارين لم يصح الى ان قال فلو أجزنا ان يصالحه على اكثر من دينار كان بيعا للدينار باكثر منه وذلك ربا لا يجوز (قلت) قد ذكر هذا الفرض بعينه في المبسوط وحكى عن ابي حنيفة انه جوزه وقال انه قوي لانا بينا أن الصلح ليس ببيع وانه عقد قائم بنفسه ونسب الخلاف في المختلف الى الشيخ في المبسوط ثم قال ان الشيخ في المبسوط قال انه ليس فرعا للبيع وانما هو عقد قائم بنفسه وتبعه جماعة من المتأخرين على نسبة الخلاف الى المبسوط جازمين به وزاد ابو العباس نسبته الى القاضي ولو كان كذلك لنبه عليه في السرائر بل قال أي في السرائر انه أي الشيخ فيه أي المبسوط موافق له قال قال في (المبسوط) بعد ان ذكر مقالة الشافعي ويقوى في نفسي أن يكون هذا الصلح أصلا قائما في نفسه ولا يكون فرع البيع ولا يحتاج الى شرائط البيع واعتبار اختيار المجلس على ما بيناه فيما مضى انتهى (قلت) وهو كذلك غير أنه لم يصرح بانه لاحد من العامة واحتمال أن تكون الاشارة الى خصوص المثال الذي ذكره بعيد جدا نعم يمكن أن تكون الاشارة الى خصوص عدم اجرائه مجرى البيع ويكون قائلا باجرائه مجرى غيره من الاجارة وغيرها ويدفعه أنه لا قائل بالفصل قال في (المبسوط) بعد أن نقل اجماع المسلمين على جوازه مانصه فالصلح ليس بأصل في نفسه وانما هو فرع لغيره وهو على خمسة اضرب (احدها) فرع البيع (ثانيها) فرع الابراء (ثالثها) فرع الاجارة (رابعها) فرع العارية (خامسها) فرع الهبة وسنذكر هذه الاقسام اذا ورث رجلان من مورثهما مالا فصالح احدهما صاحبه على نصيبه من الميراث بشيء فان هذا الصلح فرع البيع ويعتبر فيه شرائط البيع فما جاز في البيع جاز فيه وما لم يجز فيه لم يجز فيه ومن شرائط صحة البيع ان يكون المبيع معلوما فيجب أن يعلما قدر نصيب البائع من التركة ويشاهداها جميعا الى ان قال ويقوى في نفسي الى آخر ما في السرائر وقد سمعت ماحكيناه عنه آنفا في من أتلف ثوب غيره والذي بينه فيما مضى في باب البيع هو قوله فيه أي المبسوط ان كان الصلح معاوضة فليس له الرجوع فيه يعني في المجلس لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال الصلح جائز بين المسلمين ولا دليل على اجرائه مجرى البيع انتهى لكن كلامه فيما اذا ادعى عليه أن هذه الدار داره فأقر له بها ثم صالحه على سكناها سنه صريح فيما نسبوه اليه ونحوه غيره كما ستعرف وعلى تقدير أن يكون ذلك مذهبا للشيخ فالفرق بينه و بين الشافعي انه لا بد عند الشافعي من سبق دعوى ومنازعة بخلاف الشيخ والفرق بين الشيخ والاصحاب ان حكمه عنده حكم ما جعل فرعا له في الاحكام فحيث يكون فرع البيع يحتاج الى شرائطه وتجري فيه جميع أحكامه وحيث يكون فرع العارية

ويصح على الاقرار والانكار اجماعا (متن)

والهبة على بعض الوجوه أو السكنى كذلك كما اذا تقيد بوقت يكون جائزا و بالجملة حكمه عنده حكم ما أفاد فائدته وعندهم لا يكون الا لازما مع استكمال شرائطه وتحرير مذهب الشافعي انه فرع البيع حيث يكون في يده عين أو في ذمته دين فيدعيها انسان فيقر له بها ثم يصالحه على ما يتفقان عليه فهو فرع على البيع بل هو بيع عنده وفرع الابراء حيث يكون له في ذمته دين فيقر له به ثم يصالحه على أن يسقط بعضه و يدفع اليه بعضه وفرع الاجارة حيث يكون له عنده دين أو عين فيصالحه من ذلك بخدمة عبد أو سكنى دار مدة وفرع الهبة حيث يدعي عليه دارين أو عبدين وشبههما فيقر له بهما و يصالحه من ذلك على أحدهما فيكون هبة للاخرى وفرع العارية حيث يكون في يده دار فيقر له بها فيصالحه على سكناها شهرا فيكون ذلك عارية ولا يخفى قصور دليله اذ قد يفيد فائدتها وليس هو هي كما أن الوصية بمنفعة الدار تفيد فائدة الاجارة وليست هي وكذلك السكنى والرقبى والعمرى وكذلك القسمة والهبة المشروطة بالعوض تفيدان فائدة البيع وليستا بيعا ﴿قوله﴾ ﴿ويصح على الاقرار والانكار اجماعا﴾ كما في المسالك وظاهر جامع المقاصد والروضة والكفاية سواء كان المدعي به دينا أو عينا عند علمائنا أجمع كما في التذكرة وهو من خواصنا ومتفردات الامامية لان الحنفي لا يجيزه الا مع الانكار والشافعي لا يجيزه الا مع الاقرار كما في كشف الرموز وايضاح النافع والتنقيح والاجماع على جوازه مع الانكار صريح الغنية وظاهر الخلاف والمراد بصحته مع الانكار صحته بحسب الظاهر ودليل ذلك بعد ذلك عمومات الكتاب والسنة وانه سبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالابراء وانه لو لم يصح مع الانكار امتنعت أكثر فوائد الصلح لانه شرع لقطع التنازع وهو انما يتحقق مع المخالفة بين المتداعيين وهو أن ينكر أحدهما ماادعاه الآخر وقول الشافعي انه عاوض على ما لم يثبت له فلم يصح كما لو باع مال غيره (فيه) انا نمنع بطلان المعاوضة بالصلح على مالم يثبت فانه عين المتنازع فيه وحمله على البيع قياس و بيان الحال في المقام ان صحة الصلح مع الاقرار والاعتراف بالمدعى مما لا ريب فيها لمعلوميته عند صاحبه ولا فرق بين أن يصالح عنه بأقل منه أو بأكثر لمكان العلم وحصول التراضي وأما في صورة الانكار فانه باعتبار اختلاف الخصمين نفيا واثباتا يحتمل أن يكون المدعي محقا اذا ادعى على المنكر دينا أو عينا فالصلح وان أفاد قطع النزاع بحسب الظاهر وعدم صحة الدعوى بعد ذلك لصحته بحسب الظاهر الا انه لا يفيد براءة ذمة المدعى عليه مما يزيد على مال الصلح فيما لو فرض انه صالحه على أقل مما في ذمته في الواقع أو على بعض العين بل يبقى مشغول الذمة بالباقي وانما تبرأ ذمته بقدر مادفعه خاصة لمكان ايصال بعض الحق لا للصلح كما أفصحت بذلك صحيحة عمر ابن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل حق فمطله حتى مات صاحبه ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذ الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت يأخذه به وفي هذا الحديث خمس فوائد ونحوه الموثق وفي معناه أخبار أخر ولو كان قد صالح منكر الحق على العين بمال آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة ولا يستثنى له مقدار مادفع لعدم صحة المعاوضة في نفس الامر وكذا لو انعكس وكان المدعي مبطلا في نفس الامر لم يستبح ماصولح به من عين أو دين لان هذا كله أكل مال بالباطل وانما صالح المحق المبطل دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون استدفع

من غير سبق خصومة ومع سبقهاسواء علما بقدر ما تنازعاعليه أوجهلاه دينا كان أوعينا (متن)

بالصلح ضررا عن نفسه أو ماله وقد عد ذلك من صور الاكراه على الصلح كما يأتي ومثل هذا لا يعد تراضيا يبيح أكل مال الغير كما نبه على ذلك في المسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وقال في (المسالك والروضة) نعم لو كانت الدعوى مستندة الى شبهة أو قرينة يخرج بها عن الكذب المحض كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان له على فلان مالا أو شهد له من لا يثبت الحق بشهادته شرعا ولم يكن المدعي عالما وانما ادعى بناء على هذا الفرض وتوجهت له اليمين على المدعى عليه فصالحه على اسقاط اليمين بمال أو قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ونحو ذلك ما في المفاتيح ولا يخلوا من تأمل كما في الكفاية ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث تتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردها ﴿ قوله ﴾ ﴿ من غير سبق خصومة ومع سبقها ﴾ هذا قد تقدم الكلام فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ سواء علما بقدرماتنازعا عليه أو جهلاه دينا كان أو عينا ﴾ التقييد بكون المصالح عليه متنازعا فيه كما وقع في كثير من العبارات كالشرائع وغيرها غير لازم بل مبني على الغالب اذ الحكم آت في مطلق المصالح عليه وان لم يكن بمنازعة مع علمهما بما يتصالحان عليه وجهلهما به كوارث تعذر علمه بمقدار حصته وشريك امتزج ماله بمال آخر بحيث لا يتميزان ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك وكيف كان فقد قال في التذكرة لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه دينا كان أو عينا وسواء كان (ارثا خ ل) ارشا أو غيره عند علمائنا أجمع وفي (الرياض) انه لا خلاف فيه في الجملة وظاهر المسالك الاجماع على الصحة مع جهلهما بمقداره بحيث تعذر عليهما علمه (قلت) فهنا أربع صور (الاولى) أن يعلما ماوقعت فيه المنازعة (الثانية) أن يجهلاه ويكون مما يتعذر معرفتهما له مطلقا (الثالثة) أن يجهلاه ويمكن معرفته في الحال (الرابعة) أن لا يمكن معرفته في الحال كعدم المكيال أو الميزان أو كون النصيب من الميراث يتعذر العلم به في الحال مع امكان الرجوع بعد ذلك الى عالم بعد مسيس الحاجة الى أخذه أو كون العوضين غائبين أو أحدهما وتعذر الاحضار أو نحو ذلك (أما الاولى) فالحكم فيها بالصحة واضح من غير ريب كما في الكفاية لارتفاع الجهالة ويجيء في المبطل بمنازعته ما تقدم ولا فرق بين كون المدعى دينا أو عينا وكون الصلح بمقداره أو أقل أو أكثر مع حصول الرضا لصحة المعاملة ظاهرا وباطنا (وأما الثانية) فكذلك لتطابق النصوص والاجماعات والفتاوى عليها مع موافقة الحكمة والاعتبار أما النصوص فبالعموم والخصوص أما الاول فعموم السنة مع موافقة عموم الكتاب وأما الثاني ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام وفي صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام وصحيح منصور بن حازم وموثقه عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندي قالا لا بأس اذا تراضيا وطابت أنفسهما ونحوها غيرها وقد يقال أنها ليس فيها صراحة بالصلح فليتأمل فقد استدلوا بها على ذلك من دون تأمل ولعلهم يريدون انه اذا صح بالمعاطاة فبالاولى أن يصح بعقد الصلح وقد سمعت ما في التذكرة والمسالك من الاجماع وعليه المدار (وأما الاعتبار) فان من عليه حق يجهل هو ومالكه قدره ويريد ابراء ذمته يجب أن يكون له طريق الى ذلك ولا طريق الا الصلح فوجب أن يكون سائغا والا لزم الحرج والضيق

وانه اذا صح الصلح مع العلم فبالاولى أن يصح مع الجهل لانه في الاول له طريق الى التخلص ومع الجهل لا طريق له ولولم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال فتأمل (وأما الثالثة) فقد منع من صحة الصلح فيها في التحرير والتذكرة والدروس والمهذب البارع والتنقيح وظاهر الكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وقد تؤذن عبارة التذكرة بالاجماع عليه ولعله لمكان الجهل والغرر فيهما الموجبين للضرر بالزيادة أو النقيصة مع امكان التحرز عنهما فيكونون قد رجحوا عموم أدلة النهي عن الغرر على عموم أدلة الصلح لاعتضاد تلك بالاعتبار وظهور كونها قاعدة كلية لكثرة دورانها في كلامهم وتقديمها عندهم في أكثر أبواب المعاملات على أدلة الصحة فيكون عموم أدلة الصلح مخصوصا بما لاضرر فيه ولا جهالة وقد يكونون يقولون انهما تعارضا فتساقطا فرجعنا الى حكم الاصل الاصيل وهو عدم الصحة وقد ترجح عموم أدلة الصلح بكثرتها وظهورها فيما يشمل هذه الصورة وبأن الصلح أوسع من البيع ونحوه لانه قد شرع على المسامحة والمساهلة ولهذا يجوز عند تعذر العلم وذلك لا يجوز في البيع الا أن تقول ان ذلك أيضا جائز في البيع كبيع اس الحائط وأخشاب السوق وطي البئر ولك أن تقول ان الصلح يجوز بلا عوض كما يأتي فمع جهالته أولى فتأمل وباطلاقات كثير من العبارات لكن الاول أشبه بأصول المذهب وعليه أي على الاول فلو صالحه على صبرة من طعام من غير كيل ولا وزن لم يصح وكذلك الصلح على نصيب شخص من ميراث مع امكان العلم بقدره في الحال لكن في الارشاد ومجمع البرهان انه يكفي فيما وقع عليه الصلح العلم في الجملة وقالا انه يكفي المشاهدة في الموزون ويأتي تمام الكلام (وأما الرابعة) فالصحة فيها خيرة الدروس والمهذب البارع والتنقيح والمسالك لتناول الادلة كلها لها مع انه قد تقضي الحاجة به وتمس الضرورة اليه لانحصار الطريق فيه وحصول الضرر بالتاخير وليس من ذلك ما اذا كانا معدومين كأن يصالحه بما ستحمل به دابته على ما ستحمل به دابته وبالدار التي سيبنيها على الدار التي سيبنيها أو أحدهما موجودا والآخر معدوما لعدم تناول الادلة له وان قلنا بالتناول قلنا انها مخصوصة بغير ذلك لما فيه من الجهل والغرر الموجبين للضرر والسفه واذا علم أحدهما دون الآخر وجب اعلامه كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة والكتاب) في آخر الباب وجامع المقاصد انه لا يحكم بالصحة بدون الاعلام ومرادهما انه لا يصح الصلح في نفس الامر بدون الاعلام اذا كان المصالح به بدون قدر الحق كما نبه عليه في الدروس والتنقيح والمسالك وغيرها كما تقدم (وتنقيح) البحث ان يقال اذا كان العالم هو الغريم فقط فاما ان يكون الحق عينا أو دينا فان كان الأول فاما ان يمكن ايصالها أولا فان كان الأول أي يمكن ايصالها فقد تقدم ان الصلح لا يصح في نفس الأمر وان كان ما صالح عليه أكثر من قيمتها ويمكن القول بالصحة ظاهراً بالنسبة الى المستحق خاصة في المقدار الذي أخذه بجعله مقاصة أو لمكان الحيلولة وان كان لا يمكن ايصالها فالاصح الصحة بالأكثر والمساوي لا بالاقل وان كان دينا فانه يصح مع المساواة والزيادة ولعله مما لا نزاع فيه وأما مع النقصان فلا يصح ولا يبرأ الا فيما قابله لا يصال بعض الحق لا للصلح لما رواه المشايخ الثلاثة في الموثق عن علي بن ابي حمزه قال قلت لابي الحسن عليه السلام رجل يهودي أو نصراني كانت له عندي أربعة آلاف درهم فمات أيجوز لي ان أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم ولصحيحة عمر بن يزيد المتقدمة وفي (الدروس) ان الاولى نص في الباب قلت وعليها ينزل اطلاق أدلة الصحة وصحيحة الحلبي وغير واحد عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح عليه فقال اذا كان بطيب نفس من

وهو لازم من الطرفين لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ولا بد من متعاقدين كاملين وما يتصالحان به وعليه ويشترط فيهما التملك (متن)

صاحبه فلا باس واطلاقه أي الموثق وان شمل ما اذا وقع الصلح بقدر الحق وما اذا وقع بدونه الا انه لمكان غلبة الثاني مقيد به فيرجع في المساوي والزائد الى عموم أدلة الصلح و يقتصر في تخصيصها بالخبر على ما اذا كان بالاقل لأنه الغالب المتيقن هذا كله اذا لم يكن من له الحق قدرضي باطنا بالصلح بالاقل فلو رضي به باطنا كان الصلح صحيحا ظاهرا وباطنا كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وقد يستدل عليه بصحيحة الحلبي المتقدمة فلا يجوز للمستحق حينئذ أخذ مازاد عن مال الصلح وان علم الزيادة ولا كذلك لولم يرض باطنا فانه لو علم بعد ذلك مقدار الحق و زيادته عما صالح عليه بالبينة أو الاقرار وكان له اخذ مازاد وكان الصلح باطلاً باطناً وظاهرا وان كان قبل ذلك صحيحا ظاهرًا لعدم العلم بكونه خادعا مبطلاً في صلحه اذ يكفي اشتباه حاله في صحة صلحه ظاهرا وان كان العالم صاحب الحق فقط دون الغريم ورضي بالصلح الواقع فان كان بقدر الحق أواقل فالصلح صحيح في نفس الأمر عينا كان الحق أو دينا ولعله اجماعي وكذا اذا كان زائدا عليه مع رضا الغريم باطناوأما مع عدمه فيصح ظاهرًا لا باطناً كما قاله جماعة وقد تقدم أيضاً التنبيه عليه فلتلحظ هذه المباحث كلها فان للبحث فيها مجالا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وهو لازم من الطرفين ﴾ كما في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وهو معنى ما في الوسيلة والسرائر والتذكرة من انه اذا تم لم يكن لاحدهما رجوع على الآخر ولاخيار بعد انعقاده وفي (الكفاية) انه لازم على المشهور من كونه أصلا في نفسه وهو كذلك والوجه فيه انه عقد والأصل فيه اللزوم للعموم فتفريع اللمعة اللزوم على كونه صلحاً جائزا جيد جدا واعتراض الروضة بان الصلح أعم من اللازم كأنه في غير محله ومراد الشهيد بالجائز الصحيح لأنه لا يتصف عنده بالجواز وان وقع بغير عوض كما يأتي في مسئلة السكنى ويجيء على قول الشيخ ان صح مانسب اليه انه جائز في بعض موارده اذا كان فرع العارية والهبة على بعض الوجوه كما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا يبطل الا باتفاقهما على فسخه ﴾ كما صرح به في أكثر ما تقدم وهو قضية كلام الباقين وفي (الرياض) نفى الخلاف عن فسخه بالتقايل (قلت) ولأنه تجارة عن تراض وكل مال بطيب نفس مضافا الى ادلة استحبابها وعن (مجمع البرهان) الاجماع عليه ويبطل أيضاً بظهور استحقاق احد العوضين كما صرح به جماعة وسيأتي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا بد من متعاقدين كاملين ﴾ اجماعا كما في التذكرة كما ستسمعه ولا بد من صيغة ومن الايجاب والقبول كما في التذكرة وجامع المقاصد واللمعة والروضة ولا بد من المقارنة كما في التذكرة ونسب ذلك كله في مجمع البرهان الى ظاهر الاصحاب وبالجملة حاله حال سائر العقود اللازمة وتصح وظيفة كل من الايجاب والقبول من كل منهما بلفظ صالحت وقبلت كما في الروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وما يتصالحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ﴾ أي لا بد من العلم بما يتصالحان به وعليه كما في الحواشي والا ظهر ان المراد انه لابد من وجود مصالح به ومصالح عليه واشتراط العلم شيء آخر كما ستسمع قال في (التذكرة) أركانه أربعة المصطلحان ويشترط كونهما جائزي التصرف كما في سائر العقود ورضاهما اجماعا والمصالح عليه والمصالح عنه ويشترط فيهما التملك فلو كان غير مملوك مثل خمر او استرقاق حر

أواستباحة بضع محرم لم يقع ولم يفد العقد شيئا بل يقع باطلاً بلا خلاف وكذا يبطل على مال غير لعدم الملكية بالنسبة اليهما ولعله أراد بالتملك مايشمل الحق كالشفعة والتحجير واسقاط الدعوى ونحوها من الحقوق التي يصح الصلح عليها ووجهه أنه من عقود المعاوضات فلا بد من عوضين وقد قيل عليه ان الصلح اذا وقع موقع الابراء كما لو صالحه من الحق على بعضه فانه صحيح لعموم شرعية الصلح وليس فيه عوضان(واجيب)بانه يكفي فيحصول المغايرة الجزئية والكلية كذا في جامع المقاصد لكن في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وأيضاح النافع والمسالك والروضة انه لو ادعى عليه دارا فاقر له بها ثم صالحه المقر على سكناه فيها سنه صح الصلح وقد صرح (فيما خ ل) فيها عدى المبسوط باللزوم وعدم جواز الرجوع مع انه ليس هناك عوض والعين الخارجة من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة اليه لثبوتها للمقر له بالاقرار قبل ان يقع الصلح فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض نعم لو انكر فصالح المنكر المدعي على سكناها سنه صحولزم لان السكنىعوض عن دعواه وكذا لو كان الساكن المنكر لانه عوض عن جحوده وقد سهى في ذلك القلم في المسالك وحكى الشهيد عن شيخيه الفخر والعميد انه يصح بدون العوض ويكون فرع التمليك كما لو قال مالك المتاع صالحتك على هذا المتاع فقال المصالح قبلت فانه يصح ويكون كأنه قال ملكتك هذا الكتاب انتهى فتأمل والظاهر انه لانزاع كما في مجمع البرهان في انه لابد من معلومية مايقع عليه الصلح اذا لم يكن هو مما يصالح عليه مثل ما في صحيحة محمد بن مسلم ومعناه انه يستثنى منهما اذا لم يدر كلواحد كم له عند صاحبه فانه يصح مع الجهالة حينئذ كما تضمنه الخبر ثم استظهر انه يكفي العلم في الجملة(قلت) قد أوجب في التحرير والتذكرة ان يكون العوض معلوماً ان كان مما يحتاج الى تسليمه لافيما اذا كان لايحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالمتنازعين في مواريث مجهوله لكن عبارة التحرير أظهر في المراد من عبارة التذكرة وان كان قد يظهر منها الاجماع وفي (الدروس) ان الاصح انه يشترط العلم بالعوضين اذا أمكن وهو الظاهر منه في موضعين آخرين وقد سمعت مافي الحواشي وقد تقدم نقل مافي الكتاب وحواشيه والتنقيح والمهذب البارع والمسالكوفي(الارشاد) لابدمنالعلم بماوقععليهالصلح وانه تكفي المشاهدة في الموزون وقد أطال المقدس الاردبيلي في الاستدلال بما لا ينهض دليلاً وان صح ماحكي عن المبسوط من الفرعية كان الشيخ فيه موافقا لهؤلاء في بعض مخالفا لهم في آخر هذا ولا يشترط في مورد الصلح ان يكون مالا فيصح عن القصاص وعن عيب المبيع سواء قل العوض أو كثر ولا سقاط الدعوى واسقاط الخيار والتحجير وحق الشفعة والاولوية في موضع مباح من الخان والسوق والمسجد والمدرسه كما صرح به في التذكرة وغيرها وهو معنى قوله فيها أيضا ولايجوز الصلح على ماليس بمال مما لايصح أخذ العوض عنه والحاصل في المقام هو ماقالهفيها أيضامن انه يصح الصلح عن كل مايصح أخذ العوض عنه وان لم يجر بيعه ولا خلاف بينهم على الظاهر في ذلك (فعلى هذا) لا يصح الصلح عن اسقاط الدعوى بحلف المنكر المدعي على انه يبرأ مما يدعيه لان صحة ذلك فرع جواز مقابلة حلف المنكر بمال حتى يكون حقا ماليا يصح فيه الصلح وفرع كون هذا الصلح يفيدالمدعي فائدة لاتعود عليه بنقص مراده أو كرهعلى أعظم مما فر منه أما الأول فلا ريب ان المدعي اذا كان قاطعاً بكذب المنكر وانه ظالم عالم غير غافل كانت يمينه حراما لا تجوز المصالحة

عليها (١)ولا يرد مثل ذلك فيما اذا صالح المنكر المدعي الكاذب على اسقاط دعواه بمال لانه مضطر الى ذلك ويريد دفع ظلمه له وضرره عنه كما هو واضح وقد تقدم بيانه والمدعي فيما نحن فيه مختار وقد أوجب على المنكر بعقد الصلح الكذب الصريح ان صح الصلح كما يقوله الخصم ولا يرد أيضاً مثل ذلك ما اذا احلفه الحاكم لان الحاكم لم يلزمه بذلك في عقد ولا غيره وانما يخيره بين الحلف والرد واداء المال فاذا خالف وحلف فقد ظلم نفسه وصاحبه باختياره وللمدعي حاجة في تحصيل ماله فلا اعانة منه على الاثم ولا معاوضة له عليه تلزمه بذلك فلم يكن الحلف هنا سائغاً فضلا عن كونه مما يقابل بمال فلا يصح الصلح به عن اسقاط الدعوى وأما الثاني وهو انه لا فائدة فيه فلان اقصى ما يتخيل أن للمدعي أن يقول ان الخصومة عند الحاكم مكروهة وانا اصالحك حتى لا احضر وهذا أوهن شيء لانه يكون قد فر من المكروه الى الحرام ثم ان المنكر اذا احلف برأ كما تقولون وعاد النفع عليه بسقوط الدعوى عنه ولم يحصل للمدعي شيء يفيده (فان قلت) لعله ينكل فيؤدي ما ادعاه عليه (قلت) هذا نكول عند غير القاضي فلا يلزمه به بالحق قولا واحدا على انه لو انتفع بترك الحلف لزم الحلف لان العقد كان على الحلف فعاد الى تركه وقد قلنا ان النكول لا يلزمه بالحق فعادت الدعوى باقية على حالها والمقصود اسقاطها ومثله ما اذا كان غرضه من تحليفه كاذبا هلاكه ليتشفى به فانه صلح على حرام لغرض حرام وقد عرفت حال النكول على ان هذا ليس من مباحث العلماء واما اذا كان المدعي عالما بان المنكر زاس قاطع بعدم شغل ذمته وانه يحلف على البت واليقين كان بذله له ما لا على ذلك من السفه العظيم فالمصالحة عليه باسقاط الدعوى كذلك واحتمال وجود مصلحة في ذلك مع ظهور ذلك تعويل على الهبا واتكال على المنى على انه يكون قد صالح على الكذب على المذهب المشهور من انه مخالفة الواقع لا كما يقوله الجاحظ والنظام وأما اذا كان ظانا كأن كان وليّاً ليتيم أو مدعيا عليه بسرقة أو غصب أو قتل فان دعوى الظان تسمع في هذه فان كان الاول فلا يصح أن يقابل حلف المنكر بمال ليرفع عنه كراهية الحضور عند الحاكم أو يحصل له الاطمئنان لانه يجب عليه الحضور عند الحاكم لانه مال يتيم واطمئنانه لا يجدي جدوى في اسقاطه دعوى اليتيم عنه اذا بلغ قطعا ويغرم ما دفعه في مقابلة الحلف من ماله لا من مال اليتيم لانه يقول له كنت تحضره عند الحاكم فلعله كان يقر ولا ضرر عليك لانه لا ردعليك فكانت مصالحتك عبثا محضا وأما اذا ادعى على أحد هذين انه سرق أو غصب أو قتل وهو قاطع بان أحدهما سارق أو غاصب ظان بكل واحد منهما فالصلح على يمين كل واحد منهما بانفراده كالصلح على ما يحتمل انه خمر وهو باطل ثم ان أحد الصلحين وقع على ما هو خمر قطعا وأما اذا قال اني أظن أن لي عندك مائة مثلا فصالحني على حلفك بخمسين أدفعها لك مثلا حتى أطمئن فان كان المدعى عليه عالما بأنه مشغول الذمة له لا يصح له أن يصالحه لانه يكون قد صالح على حرام هذا ان سلمنا جواز التحليف للظن وان كان المدعى عليه عالما بالعدم مع الصلح ان كان يصح على غير حق لان الدعوى المظنونة ليست حقا ولا يلتفت اليها وهذا (وعلى هذا خل) أيضا ان سلمنا مشروعية اليمين وبذلها في مثل ذلك حيث لا باعث عليها ولا ضرورة اليها ولا سيما اذا كان المقابل لها مال يسير جدا فان صح هذا ان صح الصلح على اسقاط الدعوى التي ليست بدعوى في هذا الفرد النادر وان قلنا ان الدعوى المظنونة حق وتسمع

(١) سواء كان المنكر كما اذا اعتقد المدعي أولا اذ الشأن فيه كما لو علم زيد ان ما في يد عمر خمر وعمر يعتقد انه خل فانه لا يجوز لزيد شراؤه (منه قدس سره)

ولو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر (متن)

ويطلب لاجلها اليمين كان مصالحة المدعى على حلفه مصالحة على مايظن انه خمر لانه ظان بكذبه ويكفي في البطلان احتمال كذبه وكون مافي يده خمرا فضلا عن ظنه وقد سمعت مافي الكفاية عند شرح قوله ويصح على الاقرار والانكار في آخر المسئلة وستسمع ما في التذكرة والتحرير عند شرح قوله ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه الى آخره قال في (التذكرة) مانصه ان جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعي المصالح فان لم يعلم لم يجز له دعوى شي لا يعلم ثبوته ونحوه مافي التحرير وبعض مشايخنا المعاصرين جرى ذلك في كل رطب ويابس ثم انه اذا حلف بدون طلب الحاكم لا يسقط الدعوى وهي معاطاة الصلح لانه حينئذ برضاها فاذا لم تصح المعاطاة فيه لا يصح العقد عليه ثم ان ثمرة المسئلة سقوط البينة لو أقيمت بعد الدعوى (وفيه) ان مادل على سقوط البينة باليمين مختص بحكم التبادر وغيره باليمين المعهودة ومما ذكر يعلم انه لا يصح الصلح على استحقاق ولا على استحقاق الانكار وسيأتي للمحقق الثاني عند شرح قوله ولو صالح الاجنبي الميل الى صحة الاول هذا وقد تأمل مولانا الاردبيلي في نحو المسجد ولعله لانه متأمل في جواز أخذ العوض عنه وفي (الدروس) لا يصح عن الحد والتعزيرات والقسم بين الزوجات يعني على تركه (قلت) وكذا ترك الاستمتاع بهن وظاهر نكاح التحرير التوقف في الاعتياض عن القسم أو تمريضه وفي (الروضة) ان له وجها وتمام الكلام في النكاح ﴿قوله﴾ ﴿ولو صالح على عين بأخرى في الربويات ففي الحاقه بالبيع نظر﴾ كما في التذكرة ومنشأ النظر في الكتابين من امكان اختصاص الربا بالبيع لانه المتبادر من الاطلاق وكذا القرض ويبقى غيرهما على أصل الاباحة مؤيدا بظواهر الآيات والاخبار الدالة على حصول الاباحة بالتراضي وعلى حصر المحرمات وليس هذا منها وأن الناس مسلطون على أموالهم خرج البيع والقرض وبقي الباقي وقد قال في (مجمع البيان) فى تفسير قوله جل شأنه (انما البيع مثل الربا) ان البيع الخالي عن الربا مثل البيع المشتمل عليه وهذا قد يرشد الى التخصيص وانه يلزمه عدم جواز الزيادة في الهبة المعوضة لان الزيادة مطلقا عند الخصم حرام في الربويين الا أن تقول انه خرج بالاجماع فتأمل ومن أن ظاهر قوله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم الزيادة في المتماثلين في كل المعاوضات وقول الصادق عليه السلام لعبدالرحمن ابن الحجاج لما سأله أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير لا يجوز الا مثلا بمثل وترك الاستفصال دليل العموم والضعف منجبر بالشهرة كما ستعرف وقوله أيضا عليه السلام في صحيحة الحلبي الفضة بالفضة مثلا بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزيد في النار وأيضا فانه حرام ومعلوم كونه بمعنى الزيادة وليس بمعلوم نقله فيجب حمله على معناه اللغوي ويخرج منه ما هو حلال بالاجماع ويبقى الباقي تحت التحريم كما يرشد اليه عدم تخصيصهم له بالبيع بل جروه في القرض مضافا الى ماورد فى علة تحريمه من ذهاب المعروف وتعطيل المعاش وقد يقول المخصصون بانا لانقول بنقله بل يقولون الزيادة المحرمة انما هي في البيع والقرض لمكان التبادر والاجماع وليست تلك علة شرعية وانما هي لبيان الحكمة والا لبطلت الحيل التي ذكرها الفقهاء ودلت عليها الاخبار (وكيف كان) فالقائل بالاول المصنف في ربا الارشاد والكتاب وصلح المختلف وظاهر دين الشرائع وصلح التحرير في مواضع وجامع المقاصد وهو ظاهر كل من فسره (عرفه خ ل) بانه شرعا بيع أحد المتماثلين بالآخر مع شرائط أخر حيث أخذوا

في تعريفه البيع دون المعاملة وقد وقع هـذا التعريف في السرائر والتحرير والتذكرة وشرح الارشاد لفخر الاسلام وتعليقه للكركي والمسالك وغيرها ولكن الامر في هذا سهل نعم لهم في الباب عبارات ظاهرة في ذلك كقولهم لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا صح وقد نسبه في الدروس الى اطلاق الاصحاب وقولهم لو أتلف عليـه ثوبا قيمته عشرة فصالحه بازيد أو أنقص صح وهذا هو المشهور مع انه يؤدي الى الربا ولهذا منعه في المبسوط والخلاف كما ستعرف فيكون مختصا بالبيع الا أن تقول ان الصلح في المثـال الاول ليس معاوضـة أو أن النقيصة في مقابلة الحلول وان الصلح في الثاني ليس على القيمة بل على المثل وهذا مبني على أن القيمي يضمن بمثله وهو غير المشهور المعروف و يأتي تمام الكلام في هاتين المسئلتين وقد قلنا في باب الربا ان ذلك قد يظهر من المبسوط والخلاف والمراسم والوسـيلة ومجمع البيان واطراد ظهوره من المبسوط والخـلاف في غير الصلح وكأنه ظاهر الانتصار في الباب (وأما القول الثاني) وهو انه ثابت في كل معاوضـة من صلح وغيره فهو خيرة الاكثر كما في آيات الاردبيلي المسماة بمجمع البرهان في فقـه القرآن وهو المحكي عن السـيد والشيخ والقاضي وابن المتوج وصريح الايضاح والدروس والمهذب البارع والمقتصر وايضاح النافع والروضة والمسالك والشرائع في باب الغصب وظاهرها في المقام (وفي جامع المقاصد) ان فيـه قوة وتمسكا بجانب الاحتياط وجزم به في باب الربا وأما الشيخ والقاضي فان صح ماحكي عنهما من جعله بيعا أو فرعا له فلا اشكال في تحريم الزيادة عندهما (هذا) وقد قال في الايضاح في شرح العبارة ألحقه الشيخ بالربويات وهو اختيار ابن البراج وهو مبني على احدى قاعدتين (الاولى) هل الصلح فرع البيع أم لا (الثانية) هل الربا يشمل جميع المعاوضات أم يختص بالبيع وفي (جامع المقاصد) ان هذا كلام فاسد لانه لامعنى لالحاقه بالربويات عند الشيخ وابن البراج اذ هو بيع على قولهما ثم بناء ذلك على قاعدتين أعجب وان كان المبني كلام المصنف فأغرب لان المصنف قد حكم سابقا بأنه أصل برأسه لافرع على غيره فكيف يكون تردده لاحتمال كونه فرعا وانما تردده لاحتمال عدم اختصاص الربا بالبيع انتهى (قلت) أنت قد عرفت أن الشيخ في المبسوط بعد أن ذكر انه فرع البيع قوى انه أصل برأسه فمعنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالربويات الى آخره انه جعله مما يجري فيه الربا من بيع وقرض اذا صالح في الربويات وان هذا منه أي من الشيخ مبني على احدى قاعدتين وهي أن الصلح فرع البيع ان استقر رأي الشيخ عليه لانه لم يجزم به في المبسوط وان كان مذهبه انه أصل برأسه كما قواه أخيرا كان مبنيا على القاعدة الاخرى وهو واضح لاغبار عليه وليس معنى قوله في الايضاح ألحقه الشيخ بالربويات انه ألحقه بالبيع خاصة حتى يتعجب منه على أن المصنف عبر بالالحاق أيضا في الكتاب والتذكرة فيكون أراد في الايضاح بيان الوجـه في الحاق الشيخ له بالربويات ليعلم منه وجه النظر في كلام المصنف باعتبار القاعدة الثانية ويحتمل أن يكون أراد أن النظر في كلام المصنف مبني على احدى قاعدتين فاما أن تكون هي الاولى وقد عرفت أن مختاره انه أصل برأسه فتعين أن تكون هي الثانية التي جزم بها في جامع المقاصد وقد يكون أراد في الايضاح التردد بين الاولى والثانية فيكون مراده أن المصنف رجع عن الجزم الى التردد وكم له مثل ذلك ويكون بيان مذهب الشيخ توطئة لاحتمال تردد المصنف بعد جزمه فيكون المراد لاتستعظم التردد بعد الجزم لان الشيخ والقاضي قائلان بأنه فرع البيع ثم انه سيأتي للمصنف قريبا فيما اذا صالح عن (من خل) ألف حاله بخمسمائة مؤجلة انه ابراء على اشكال وقد أقره في جامع المقاصد ولم يستغرب به منه حيث تقدم له انه أصل برأسه

وكذا في الدين بمثله فان ألحقناه فسد لو صالح من ألف مؤجل بخمسمائة حاله (متن)

والغرض تصحيح كلام الفحول الكبار وتنزيله على وجه ظاهر قريب جدا ورفع الاستعجاب عنه والاستغراب منه والافلا فائدة مهمة في تحرير ذلك وجعل وجه النظر في الحواشي من انه وسيلة الى الربا ومن انه أصل برأسه ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا في الدين بمثله ﴾ كما ذكر ذلك في التذكرة قال في (الايضاح) ذكر هنا فرعين على كون الصلح بيعا أم لا (الاول) انه لو صالح على دين بمثله فعلى كون الصلح بيعا لا يصح وعلى كونه ليس ببيع يصح (الثاني) لو صالح على الف بخمسمائة الى آخره ولا يعجبني جعله تفريعا كالثاني ونعم ما قال في جامع المقاصد قال أي وكذا يجيء النظر في الصلح عن الدين بمثله أي بدين آخر فانه يحتمل عدم صحته نظرا الى مشاركته للبيع في علة المنع فيشتركان في الحكم والاصح العدم (قلت) عبارة الكتابين(١) ذات وجهين (الاول) ان يكون هذا قسما من المسئلة الاولى في لحوق الربا لانه لما تأمل في الصلح على العين بالعين عطف عليه الصلح على الدين بالدين ولما كانت الاولى في الربويات فلتكن الثانية كذلك ولكنه كان يغني عن ذلك كله ان يقول ولو صالح في الربوي ففي الحاقه بالبيع نظر لانه يشمل الصلح على العين بالعين والدين بالدين لكن ما ذكره أوضح أو يكون افاد بذلك امرا آخر وهو ان الاقسام الممكنة هنا ثلاثة وان النظر مختص باثنين منها واما الثالث وهو الصلح على الدين بالعين فانه جائز جزما أو غير جائز جزما لكن يرد عليه انه ايضا محل اشكال ولا جزم فيه عنده باحد الامرين (الثاني) ما اشار اليه في الايضاح وجامع المقاصد وهو الصلح على الدين في ذمة زيد بالدين الذي في ذمة عمرو ووجه النظر حينئذ انه هل يلحق بالبيع في المنع على القول باصالة الصلح في نفسه يحتمل ذلك لوجود المعنى المحرم لبيع الدين بالدين في الصلح اذ هو التغرير في المالين (بالمالين خل) ويحتمل المنع اقتصارا على النص وعملا بعموم شرعية الصلح واما الصلح على الدين بالعين بهذا التفسير يعني غير الربوي فانه جائز قطعا كالصلح فيه على العين بالعين وقد قسمنا بيع الدين في بابه الى ثمانية اقسام وهي تجري في الصلح (الاول) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بعقد آخر بدين كذلك (الثاني) ان يكونا مؤجلين بهذا العقد كأن يبيع متاعه مؤجلا بثمن كذلك (الثالث) بيع الدين المؤجل الذي لم يحل بحاضر مشخص مشار اليه (الرابع) بيع دين حال بحاضر مشار اليه (الخامس) بيع دين مؤجل حال بدين كذلك (السادس) بيع دين مؤجل حال بمضمون في الذمة حال (السابع) بيع دين مؤجل حال بثمن مؤجل كأن يبيعه نسيئة (الثامن) ما اذا كان لكل منهما دين على الآخر فيتبايعان بالدينين ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان ألحقناه فسد لو صالح من الف مؤجل بخمسمائة حالة ﴾ أي أن الحقنا الصلح بالبيع في تحريم الربا فسد هذا الصلح المذكور كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد أي فيكون كما لو باع الفا مؤجلة بخمسمائة حالة وهو فاسد لوجود الربا فيه من وجهين وقد نص على صحة هذا الصلح في التحرير وهو قضية كلام المختلف وابي علي وستسمع ما في الدروس من نسبته الى اطلاق الاصحاب وجزم في المبسوط بفساد المعاملة على الدراهم ببعضها مطلقا وقال في (الدروس) اذا صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا صح اذا كان بغير

(١) أي التذكرة والكتاب (منه قدس سره)

ولو صالح من ألف بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل (متن)

جنسه واطلق الاصحاب الجواز اما لان الصلح ليس معاوضة أو لان الربا مختص بالبيع أو لان النقيصة في مقابلة الحلول (قلت) الاحتمال الاخير ضعيف واضعف منه الاحتمال الاول ولعله نظر في نسبته الى اطلاق الاصحاب الى قولهم في باب الدين يصح تعجيل المؤجل باسقاط بعضه مع التراضي لان هذه العبارة وقعت في الانتصار والسرائر والشرائع والتحرير والتبصرة وغيرها وفي الاول الاجماع عليه ومن طرق الاسقاط الابراء والعفو والصلح والظاهر الثاني كما فهمه الشهيد لا مطلق الرضا لاصالة بقاء الملك الى ان يتحقق المزيل شرعا والا فالمتعرض لصحته في المقام قليل جدا كما عرفت وقد استدلوا عليه هناك بمرسل ابان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال سئلته عن الرجل يكون له على الرجل دين فيقول له قبل أن يحل الاجل عجل النصف من حقي على أن اضع عنك النصف ايحل ذلك لواحد منه قال نعم ونحوه حسنة الحلبي أو صحيحته وقال في (الدروس) ايضا لو صالح عن الربوي بنقيصة من جنسه روعي احكام الربا لانها عامة في المعاوضات على الاقوى الا ان تقول الصلح هنا ليس معاوضة بل هو في معنى الابراء وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال لكعب بن مالك لما تقاضى ابن ابي حديد دينا كان له في المسجد فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فخرج اليهما فنادى يا كعب قال لبيك قال فشار اليه أن ضع الشرط من دينك واتبعه بالباقي قال قد فعلت اترك الشرط واتبعه بقيته وروي ذلك عن الصادق عليه السلام وينبغي ان تكون صورته صالحتك على الف بخمسمائة فلو قال بهذه الخمسمائة ظهرت المعاوضة والاقوى جوازه ايضاً لاشتراكهما في الغاية (العلة خ ل) انتهى (قلت) قد اختار في الدروس أن الصلح اصل برأسه فكيف يقول انه ليس معاوضة بل في معنى الابراء ثم ان الرواية التي استند اليها ليست بصحيحة ولا صريحة لانها لم تشتمل على لفظ الصلح وانما اشتملت على الترك الصريح في الابراء ونحن نقول بموجبه وكلامنا في العقد الواقع بلفظ الصلح ﴿قوله﴾ ﴿ولو صالح من الف بخمسمائة مؤجلة فهو ابراء على اشكال ويلزم التأجيل﴾ كذا قال في التذكرة وفي (جامع المقاصد) أن الذي يقتضيه النظر البطلان للزوم الربا المحرم وفي (التحرير) أن الوجه الصحة وهو قضية كلام المختلف وفي (الايضاح) الاصح انه معاوضة لمخالفة الحال والمؤجل والزائد والناقص ومعناه ان المغايرة بين العوضين ثابتة وان احدهما وقع في مقابلة الآخر فتكون معاوضة ويجيء فيها احتمال الربا وعدمه واحتمل أي في الايضاح الابراء وبه جزم في الدروس لانه ليس الا اسقاط بعض ما في الذمة وتأجيل الباقي والرواية النبوية ان كانت مما يستدل به فليستدل بها هنا ومنه يعلم وجه الاشكال وجعل منشاؤه في الحواشي من انه ابراء محض ومن عدم لفظ الابراء وظاهره أن لا معاوضة فيه ومما ذكر يعرف فرق المصنف بين هذه والتي قبلها انه في التي قبلها جعل الحلول في مقابلة الخمسمائة فامتنع الابراء فيها لان الابراء اسقاط محض بخلاف الاخيرة فان الخمسمائة المسقطة ليست في مقابلة شيء والاجل المشروط نقصان آخر وهو اي الفرق ليس بشيء وفي (جامع المقاصد) أن ضعفه ظاهر واما لزوم التأجيل أن قلنا بالصحة فواضح والمخالف الشافعي فيما حكى الشهيد لما جزم بانه ابراء من خمس مائة قال لا يلزم الاجل بل يستحب الوفاء به وفي (الدروس) انه لو صالحه عن الف مؤجلة بالف حالة احتمل البطلان لانه في معنى اسقاط الاجل وهو لا يسقط باسقاطه نعم لو دفعه اليه

وليس طلب الصلح اقرار بخلاف بعني أو ملكني ولو اصطلح الشريكان على أن لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح (متن)

وتراضيا جاز وكذا لو صالح عن الحال بالمؤجل بطل زاد في العوض أولا اذ لا يجوز تأجيل الحال قال والفاضل حكم بسقوط الاجل في الاولى وثبوته في الثانة عملا بالصلح اللازم (قلت) لا ريب انه لا يجوز بيع درهم حالا بدرهم مؤجلا ولو يوما أو اقل حيث يقدر فيلزم القائلين بجريان الربا في الصلح منع المثالين وما باله في جامع المقاصد لم يستغرب من المصنف قوله انه ابراه على اشكال مع انه سلف له انه اصل برأسه كما استغرب نحو ذلك من ولده آنفا ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس طلب الصلح اقرار بخلاف بعني أو ملكني ﴾ كما صرح بذلك في التحرير والدروس وجامع المقاصد واللمعة والروضة وفي (التذكرة) أن طلب الصلح ليس باقرار وانه ظاهر عندنا لان الصلح يصح مع الانكار والاقرار فقد يراد به قطع الخصومة وقد يراد به المعاوضة واذا احتملهما لا يحمل على الاقرار ويتم ذلك في العارف بالحكم ونسب الخلاف الى الشافعي حيث ذهب الى عدم صحته مع الانكار ففرع عليه ان طلبه اقرار لان اطلاقه ينصرف الى الصحيح وانما تصح مع الاقرار فيكون مستلزما له ويتم هذا في العارف ايضا وظاهرها اي التذكرة الاجماع على أن بعني اقرار وان المخالف بعض الشافعية وانه لا خلاف بين العلماء في أن ملكني اقرار وقال في موضع آخر لو قال بعنيها أو هبنيها فالمشهور انه اقرار وفي معناه اجرني واعرني وزوجني الجارية لو كان التنازع فيها ومعنى كونه اقرارا انه اقرار لخصمه بانه ملكه لمكان نزاعه معه وكونه تحت يده مثلا من غير معارض غير المقر والاصل عدم مالك آخر ولو خلي عن هذه القرائن لم يفد الا كونه ملكا لغير المقر في الجملة واما كونه ملكا لمن طلب منه البيع ونحوه ففيه نظر لكونه اعم من كونه ملكه اذ قد يكون وكيلا فيرجع الى كونه مالكا للبيع لا للمبيع ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اصطلح الشريكان على ان لاحدهما رأس ماله وللآخر الربح والخسران صح ﴾ كما عبر بذلك ومثله من دون تفاوت اصلا في الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة والكفاية وقد يبهم من هذه الكتب عموم الحكم بالصحة لما اذا اشترط ذلك في عقد الشركة أو بعد العقد في اثناء الشركة وان لم يريد القسمة وليس كذلك كما ستعرف وقال الشيخ في النهاية والشريكان اذا تقاسما واصطلحا على ان يكون الربح والخسران على واحد منهما ويرد على الآخر رأس ماله على الكمال كان ذلك جائزا وهذا يقضي ان ذلك انما هو عند انقضاء الشركة وارادة فسخها كما صرح بذلك في السرائر والتحرير والدروس واللمعة وحواسي الكتاب وايضاح النافع وجامع المقاصد وتعليقي الارشاد والنافع والمسالك والروضة والمفاتيح وكذا التذكرة بل في الاولين زيادة التصريح بأن صاحب رأس المال صالح الآخر على الربح والخسران والنقد والنسيئة والعروض وسلم اليه وعليه تنزل العبارات المتقدمة لانا لو لم تنزلها على ذلك وقلنا بأن الشرط المذكور كان في عقد الشركة أو بعده لما صح تسميته صلحا لانه يكون شرطا في عقد الشركة لا صلحا على الاول لانه ان أتى بلفظ الشرط فظاهر كأن يقول شاركتك بشرط أن يكون الربح لك فيقول قبلت وان أتى بلفظ الصلح كأن يقول شاركتك لنعمل في هذا المال وصالحتك على أن يكون الربح لك فيقول قبلت فلا صلح أيضا لان الصلح من أركانه العوضان ولا عوض هنا وعلى الثاني وهو ما اذا كان بعد العقد فان أتى بلفظ الشرط فلغو وان أتى بلفظ الصلح

قبل المزج أو بعده لم يظهر ربح كما هو المفروض فلا صلح اذ لا عوض خصوصا اذا كانت العين قائمة لم تمزج واذا كان شرطاً في عقدها كان مخالفا لمقتضى عقدها لان مقتضاه ان الربح والخسارة تابعان لرأس المال فيكون مخالفا للكتاب والسنه فيكون فاسدا وليس هذا كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه في المنافات لمقتضى العقد لانه لا لزوم واشتراطه يوجب التزلزل المنافي له كما تحذلق به صاحب الحدائق وذلك لان مقتضى عقد البيع انما هو الانتقال خاصه واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجة فاشتراط الخيار ليس منافيا لمقتضاه بخلاف الشركة اذ ليس مقتضاها سوى ماعرفت فلو شرط فيها خلافه عاد عليها بالنقض كاشتراط عدم الانتقال في البيع لكنا قد حققنا في باب الشركة ان هذا الشرط غير مناف لها والا لما ساغ اشتراطه حيث يكون العمل من أحدهما مع انه يجوز اجماعا (وقد يقال) ان اشتراطه في عقدها يقضي ببطلانه وصرفه الى عقد آخر وهو القرض وهو بعيد جدا كما يأتي وان قلت انه بعد العقد فقد عرفت انه لغو غير لازم اذ ليس بصلح فاشتراطه في اثناء الشركة بعد العقد والاستمرار به على الشركة لا وجه له في الاخبار وكلام الاصحاب لانه غير لازم نعم يلزم بالصلح بعد تقلبه أو ظهور الربح أو اشتراطه في عقد آخر لازم ولعله حينئذ يلزم منه ارادة الفسخ والقسمة كما قالوا أو العدول عن عقد الشركة الى عقد القرض فقد اتفقت الكلمة وظهر المراد من العبارات المتقدمة مضافا الى ماسيأتي في باب الشركة لمن أطلق كالمحقق في الشرائع والنافع مما يوافق من قيد هنا لانه يذهب في باب الشركة الى عدم صحة اشتراط الزيادة لاحدهما وهو أيضاً من الشواهد على تنزيل عبارتي الكتابين على ماذكرناه ولا كذلك عبارة الارشاد والتبصرة والكفاية فانه قد اختير فيها جواز اشتراط كون الربح لاحدهما في باب الشركة وفاقا للمرتضى وغيره وقد نسب ذلك في الروضة الى الشيخ وجماعة ولا ريب ان البينة لم تصادف محلها لانا لم نجده في كتب الشيخ في البابين ولا غيره ولا حكاه حاك غيره سوى شيخنا صاحب الرياض فانه حكى نقله معولا على الروضة كما هو عادته نعم قال في اللمعة ولو شرطا بقاؤهما على ذلك ففيه نظر ولفخر الاسلام في شرح الارشاد والمقدس الاردبيلي كلام يعطي ذلك ستسمعه ان شاء الله تعالى والاصل في الباب صحيحة الحلبي أو حسنة بابراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوي فقال لا بأس اذا اشترطا فاذا كان شرطا يخالف كتاب الله فهو ردّ الى كتاب الله ورواه في التهذيب عن الكناني وفي (النهاية) عن حماد عن الحلبي الا انه قال وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب أيضا عن الحلبي الا انه قال وكان المال دينا ولم يذكر العين ولا عليهما دين ورواه أيضاً عن داود الابزاري الا انه قال وكان المال دينا وعينا وليس في الاخبار عموم الحكم بصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده وان لم يريدا القسمة بل الاخبار لمكان ذكر الشركة أولا وتعقيبها بالقول بان الربح والخسران لاحدهما وبقوله فربحا ربحا وقوله وكان من المال دين ظاهرة في القيد الذي قلنا ان الكلمة متفقة عليه ولعل السر في قوله عليه السلام اذا اشترطا خلو السؤال عن بيان رضى الآخر وانما اشتمل على صدور القول من احدهما أو يكون المراد اذا تراضيا رضى يحصل به اللزوم كوقوعه في عقد صلح ونحوه وهذا هو الذي فهمه الاصحاب فذكروا ذلك في الباب وليس المراد انه اذا اشترطا في عقد الشركة لما عرفته عند بيان كلام الاصحاب لأنه على هذا يكون دالا بمفهوم الشرط على ثبوت البأس اذا وقع في غير عقد الشركة (ومنه) ما اذا وقع بعقد الصلح عند ارادة القسمة

وهو خلاف كلام الاصحاب وفيه مالا يخفى لانه يدعي انه ليس النظر بالمفهوم الى ذلك وتحرير المقام في باب الشركة هذا وقال فخر الاسلام الرواية على خلاف الاصل لان الاصل ان يكون الربح تابعاً لاصل المال ويمكن تأويلها بحمل الصلح على تمليك أحد الشريكين نصيبه للآخر قرضا قال لكن يلزم من هذا التأويل انتفاء الشركة وان يكون نصيب من له رأس ماله ثابتا في الذمة لافي نفس عين المال ثم قال والاولى ان يقال انه يعمل بها في مورد النص ولا يتعدى الى غيرها وانما يكون ذلك اذا كان المال قرضا لان الانسان لا يملك ربح مال غيره كله فلا بد ان يكون على جهة القرض لان الاصحاب ذكروا ذلك اعتمادا على رواية تقريره ماذكرناه انتهى وهو يعطي ان الشرط كان في نفس عقد الشركة ونحوه مافي مجمع البرهان من ان غاية منافات هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركة وهو غير لازم لبطلان الشرط فقد يكون ذكره في عقدها كناية عن ارادة الاقراض دون الشركة وهو مقتضى عموم أدلة الصلح وكونه بعد المعاملة و بعد ظهور الربح وكون بعض المال دينا و بعضه عينا ليس بشرط اتفاقا على الظاهر انتهى حاصله وانت خبير بانه يرد عليهما بان ذلك بعيد عن الاخبار وعن كلام الاصحاب الذين يجعلون من أركانه العوضين وعن قصد المتعاقدين المفروضين فيها اذ لا باعث لهما على لفظ صالحتك وهلاّ قال له اقرضك ان هذا لتجشم شديد مضافا الى القرض لا يجوز فيه الرجوع بالعين وان كانت قائمة باقية لم تمزج ومقتضى الشركة لان كانت غير لازمة جواز الرجوع فالقائلون بهذا الشرط قائلون بجواز الرجوع فكيف يصرف الى غيره ولا يصح الاستناد في ذلك الى قوله في الدروس ولو جعلا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية تدل عليه اذ الظاهر ان مراده ان الرواية تدل على المنع لا على الجعل وفيه تأمل ولا بد من مراجعة باب الشركة فانا قد استوفينا فيه الكلام محرراً و ينبغي تقييد الحكم بما اذا علم بالربح أو جهلا به بعد تقلبه في الاعراض ولو جهل أحدهما به وعلم به الآخر وأخفاه عنه فلا يصح كما تقدم وقال في (المسالك والروضة) في توجيه كلام الاصحاب ان ذلك عند انقضاء الشركة وارادة فسخها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة والخسران على من هو عليه بمنزلة الابراء قلت هذا يعطي ان الصلح قبل العلم بظهور الربح أو الخسران أما اذا ظهر أحدهما فالصلح بمنزلة الهبة مطلقا لأن المصالح الذي أخذ رأس المال بمنزلة الواهب عند ظهور الربح وأما عند ظهور الخسران فالآخر أيضاً بمنزلة الواهب وأما في صورة الجهل فمن المعلوم انهما لا يجتمعان ولا يعرف الواهب منهما ظاهراً للجهل بالربح والخسران فيكون مورد الهبة والابراء ما كان مقدراً محتملاً ويزيد الثاني بوروده على العين ولعله اراد ان المصالح يعني صاحب رأس المال على تقدير الزيادة يكون بمنزلة الواهب للمصالح له لكن المصالح له لما قبل الصلح سواء ربح المال أو خسر سقطت مطالبته بما نقص من حصته عما في يد المصالح على تقدير الخسران فكان بمنزلة الابراء لانه لا يمكن ان الذمة يكون هبته لانه لم يصدر من الموجب المصالح قبول كما هو المفروض (فان قلت) ولا يمكن ان يكون ابراء لان متعلقه الذمة والمفروض بقاء العين في يد المصالح (قلت) قد قال الشهيد في قواعده ان معنى مقدر في المكلف قابل للالتزام والالزام الى ان قال انما هي نسبة مخصوصة يقدرها صاحب الشرع عند وجود سببها انتهى وحاصله ان الابراء محله الدين وغيره المالي وغيره ولهذا صح ابراء الكفيل من احضار المكفول فسبب تقدير الذمة هنا الشركة وهي تقتضي المطالبة بكمال الحصة واحتمال الابراء انما هو من حق المطالبة بكمال الحصة والصلح من شأنه ان يقع على المعلوم وعلى المقدر المجهول

ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صح ولم يكن صرفا ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بجنسه او مخالفه ولو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم (متن)

ولما احتمل تقدير الزيادة هنا ورد مورد الهبة ولما احتمل تقدير الخسران ورد مورد الابراء فكان المراد بالذمة هنا امكان الاستحقاق في الواقع وبالابراء اسقاط حق المطالبة الذي هو له في الظاهر كاسقاط الدعاوي والايمان وان كان المدعى به عينا لعدم ظهور كونها للمدعي فليلحظ هذا كله وليتأمل فيه جيدا وقد عرفت أن الصلح أصل برأسه فلا حاجة الى هذه التنزيلات والتكلفات الساقطة وتحرير كلام الاصحاب في المسئلة من متفردات هذا الكتاب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن الدنانير بدراهم أو بالعكس صح ولم يكن صرفا ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وظاهر التذكرة الاجماع عليه وفي موضع آخر منها لا يشترط في الصلح عن الاثمان مايشترط في بيع الاثمان عندنا والمخالف الشيخ في المبسوط وأبو علي فيما حكي عنه قال في (المبسوط) اذا صالحه من دراهم على دنانير ومن دنانير على دراهم صح الصلح وهو فرع الصرف فما صح فيه صح في الصلح وما بطل فيه بطل فيه الى أن قال ان قبضها قبل أن يفارقه جاز واذا قبض البعض وفارقه فقد بطل الصرف فيما لم يقبض ولم يبطل فيما قبض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بجنسه أو مخالفه ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان لانه بافادته فائدة البيع صح على العين وبافادته فائدة الاجارة صح على المنفعة والحكم في المجانس والمخالف فرع ذلك والاصل في ذلك الاصل وعموم أدلة الصلح بل يصح بذلك (١) ماهو أعم من ذلك كالصلح على الحقوق كحق الشفعة والحيازة وأولوية التحجير والسوق والمسجد كما تقدم وبه صرح في أكثر ماتقدم بعين أو منفعة أو حق آخر مالي والضابط فيما يصالح به وعنه أن يكون عينا أو منفعة أو حقا ماليا كما تقدم عند شرح قوله وما يتصالحان به الى آخره والمراد بالجنس كل ما يدخل تحت اللفظ الخاص مع الاختلاف في الوصف كانواع الحنطة والشعير وبه يفرق بين الجنس والمثل الذي راده في اللمعة ويصح الصلح على الثمرة والزرع قبل بدوّ الصلاح والحاصل انه يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء جاز بيعه أم لا كما في التحرير وغيره ﴿ قوله ﴾ ولو صالح على ثوب أتلفه بدرهم على درهمين لزم ﴾ وصح الصلح بغير خلاف كما في السرائر وعندنا كما في التذكرة وهو المشهور كما في الحواشي واللمعة والدروس قال في الاخير لان مورد الصلح الثوب وهو الذي قواه في المبسوط واستقر رأيه عليه وهو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف وظاهر اللمعة والحواشي والروضة ومجمع البرهان والكفاية التردد كما انه استشكل في الدروس ومنع من صحته في الخلاف وجامع المقاصد والمسالك وهو المحكي عن القاضي وبه حكم في المبسوط في أول كلامه ثم قوى الاول كما عرفت فما حكي عنه في الدروس وغيره لم يصادف محله (وقال في التحرير) ان صالحه عن الثوب بأكثر من قيمته جاز وان صالحه عن القيمة لا يصح (قلت) صريح المجوز والمانع أن الصلح عن الثوب وقد سمعت ما في الدروس

(١) أي الاصل والعموم (منه قدس سره)

﴿ الفصل الثاني في تزاحم الحقوق ﴾ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم (متن)

نعم المحكى من عبارة القاضي صريح في أن الصلح عن القيمة وعبارة الخلاف والملمعة يحتمل الامرين قال في (الخلاف) اذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوي دينارا فأقر له به فصالحه على دينارين ولم يقل صالحه عن الثوب ولا عن القيمة ونحوه اللمعة لكن تعليل الخلاف يقضي بالقيمة (حجة المجوزين) الاصل وعموم أدلة الصلح وان الثوب والحيوان يثبت في الذمة مثلهما في الاتلاف فكان الصلح على مثلهما صرح بذلك في التذكرة ولعله أراد ما في المختلف من أن الصلح وقع على الثوب قال في (المختلف) سلمنا انه وقع على القيمة ولا ربا هنا لانه انما يتحقق في البيع خاصة (وحجة الخلاف) أن الواجب قيمته بدلالة ان له مطالبته بها ويجبر صاحب الثوب على أخذها والقيمة هنا دينار واحد ولو أجزنا أن يصالحه على أكثر كان بيعا للدرهم بأكثر وذلك ربا لا يجوز وفي (التذكرة) ان الكل ممنوع ولم يستبعد في مجمع البرهان ضمان القيمي بمثله (قلت) المشهور المعروف أن القيمي يضمن بقيمته وما جاء ضمانه بمثله كخبر القصعة فعامي كما تقدم فيما أظن ويبقى الكلام في أن الربا يعم الصلح أم لا وقد تقدم وليعلم أن بعض المجوزين هنا يقولون ان الربا يعم الصلح وغيره

﴿ الفصل الثاني في تزاحم الحقوق ﴾

﴿ قوله ﴾ ﴿ يجوز اخراج الرواشن والجناح ووضع الساباط واستجداد الابواب ونصب الميازيب في الطرق النافذة مع انتفاء ضرر المارة وان عارض مسلم ﴾ كما صرح بذلك في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهذا منا بناء على انه لافرق بين هذه الخمسة والا فليس في السرائر أولا الا ذكر الرواشن ثم انه ذكر بعد ذلك السقائف وليس في الشرائع الا ذكر الرواشن والجناح وأضاف اليهما في الدروس الساباط (وفي السرائر) ان المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم الى يومنا هذا وهو سنة سبع وثمانين وخمسمائة لم يتناكروا فيما بينهم ذلك هذا كلامهم في الصلح واحياء الموات وأما كلامهم في الديات ففي (المبسوط والنافع والتنقيح) الاجماع على جواز نصب الميازيب الى الطرق المسلوكة وفي (السرائر) نفي الخلاف فيه بين المسلمين وانه لم ينكر ذلك أحد بحال وعليه عمل الناس كما في الشرائع قديما وحديثا من غير مخالف كما في المسالك وكشف اللثام وظاهر الاصحاب وغيرهم الاتفاق على ذلك كما في المسالك أيضا (قلت) ولا خلاف الا من ظاهر الشيخ في النهاية وصريح ابن حمزة في الوسيلة ويمكن حمل كلامهما على ما اذا كان مضرا كما بينا ذلك في باب الديات وقال في ديات (الخلاف) ان مخرج الجناح والساباط ليس لاحد معارضته ولا منعه واستدل عليه بالاصل وبالسيرة وبميزاب العباس وسقيفة بني ساعدة وبالاجماع وبذلك صرح المحقق والمصنف وغيرهما وحكي عن القاضي والمخالف الشيخ في صلح الخلاف والمبسوط وابن زهرة في صلح الغنية فمنعا منه وان لم يضر اذا اعترضه مسلم وقواه في ديات المبسوط وحكاه في صلح المختلف عن القاضي (واحتج) عليه في صلح الخلاف والغنية بأن الطريق حق لجميعهم فمن أنكر واحد منهم لم يجز

أن يغضب على حقه وانه لاخلاف انه لا يجوز أن يملك شيأ من القرار والهوى تابع القرار وانه لو سقط فقتل أو أتلف لزمه الضمان بلا خلاف ولو كان ذلك جائزا لم يلزمه ضمان واستدل عليه أبو حنيفة بأنه كما لو بنى دكة في المسكوك وكل ذلك ليس بشيء أما أولا فان لنا أن نقول ليس لاحد في هذه الطرق ملك ولا حق عام بل الناس شرع فيها في الانتفاع بها في جميع ضروب الانتفاع مالم يمنع من الانتفاع الموضوعة له وان كان غير المرور أو المرور في بعض الاوقات فانه يمنع من مرور آخر ولو كان ذلك كسائر الحقوق للزم عدم جواز التصرف بغير المرور بل المرور الا باذن الجميع لان المفروض انه حق لهم مشترك بينهم وقد أكدوا وشددوا عدم جواز تصرف الشريك بدون اذن شريكه حتى بالقليل من ترابه ثم ان للكافر أيضا حق المرور صرح به في التذكرة فلا وجه للقصر على المسلم سلمنا ان لهم حق المرور لكن المفروض عدم تضرر أحد به من المارة فالمانع معاند وأما قوله لاخلاف انه لا يجوز أن يملك شيأ من القرار والهوى تابع للقرار فانه بالمعنى المراد هنا ممنوع في الاصل والفرع ودليله الاجماع واستمرار الطريقة وقد جوزوا كما سيأتي عمل سرداب في الطريق اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها فيكون المراد من معقد نفي الخلاف انه سلمناه أنه لا يملك القرار والهوى فلا يجوز له بيعه والصلح عليه ولا منع غيره منه ان بنى روشنا تحته أوفوقه لانه انما ملك الروشن لاقراره وهواه لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك واباحة السبب لاتسقط الضمان كالتأديب والطبابة والبيطرة وبل الطين في الطريق لحاجته وطرح القمامة والتراب فيه وقشور البطيخ ونحوها كبول دابته فانه يباح ذلك كله بشرط السلامة والمخالفون في المسئلة قائلون بالضمان في هذه المذكورات والحاصل أن الاصل في الفعل السائغ الذي يرفع الضمان ما خلى عن جميع المفاسد ووجوه القبح القريبة الحصول فتأمل جيدا (وأما) قياس أبي حنيفة فهو مع الفارق بوجود الضرر في الدكة للاعمى ونحوه وعدمه فيما نحن فيه هذا وتقييدهم بالمارة يقضي بأنه لو حصل ضرر على الجار بالاشراف على عياله لايمنع من ذلك الاصل وعموم مايدل على التصرف فيما خلقه الله تعالى خرج ماإذا أضر بالمارة و يؤيده أن الممنوع منه التطلع على عورات الناس لا التمكن منه وانه يجوز له مثل ذلك في ملك نفسه لكنه قال في التذكرة لو تضرر جاره بالاشراف فالاقرب ان له المنع لانه قد حصل به الضرر بخلاف مالو كان الوضع في ملكه فانه لا يمنع وان حصل الضرر الى أن قال ولست أعرف في هذه المسئلة بخصوصها نصا من الخاصة ولا من العامة وانما صرت الى ماقلت عن اجتهاد ولعل غيري يقف عليه أو يجتهد فيؤدي اجتهاده الى خلاف ذلك وهذا كمال انصاف منه وقدشنع بذلك الاسترابادي وغيره من متحذلقة الاخباريين على المجتهدين ومراده بالاجتهاد هنا الاستنباط من الادلة العامة كخبر الضرر لانه انما نفى عثوره على الخبر الخاص وقد عرفت أن الممنوع عدم الاضرار بأهل الطريق لانه موضوع للاستطراق أما اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل قالوا انه لا يمنع مما يضر بغير من يعتاد سلوكه خاصة فضلا عن غير المار والجار خارج عن ذلك كله وحد عدم الاضرار أن يكون على صفة لاتناله الاحمال الثقال الجافية والكنائس والعماريات على الجمال كما في المبسوط حكاه عن قوم وقال انه الاصح و زاد كاشف اللثام أن لا يظلم عليهم الطريق وحكى في المبسوط عن قوم تحديد ذلك بأن لاينا له رمح الفارس اذا كان منصوبا قلت هذا اعتبره في التذكرة قال المرجع في التضرر وعدمه العرف ويختلف بحال الطريق فان كان ضيقا لايمر فيه الفرسان والقوافل وجب رفعه بحيث يمر المار منتصبا والمحمل مع الكنيسة المنصوبة

أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى اوكانت في المرفوعة فانه لا يجوز (متن)

على رأسه على البعير لانه يتفق ذلك وان كان نادرا وان كان منسما تمر فيه الجيوش والاجمال وجب أن لا يضر بالعماريات والكنائس وأن يتمكن الفارس من المر تحته ورمحه منتصب لا يبلغه لانه قد تزدحم الفرسان فتحتاج الى أن تنصب الرماح قال وقال بعض الشافعية لا يقدر بذلك لانه يمكنه وضع الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحه أحدا وليس ببعيد لان في ذلك تعسرا ونفى الشهيد في الدروس ما في التذكرة للندرة وسهولة الميل وقواه في المسالك واستجوده في الكفاية وأنت خبير بأن الطريق اذا كان ممرا للجيوش والفرسان الكثيرة لا يبعد اعتباره ولا يندفع بالندرة ولا بامكان امالته على وجه لا يبلغهم اذ قد لا تمكن الامالة لازدحام الفرسان وكثرتهم فان أماله حينئذ أضر بالفرس أو الفارس ولا ريب انه أحوط ومع الاعتياد يجب كما في مجمع البرهان والحاصل انه فرق بين أن يكون لهم حق المرور وتندر الحاجة الى نصب الرماح و بين أن لا يكون لهم حق و يندر المرور وحد عدم الاضرار بالميزاب أن يكون عاليا لا يضر بالمارة والرواشن جمع روشن وهو الكوة كما في (الصحاح والقاموس) والكوة بالفتح والضم والتشديد الثقبة في الحائط غير نافذة والروشن والجناح يشتركان في اخراج خشب من حائط المالك بحيث لا يصل الى الجدار المقابل و يبني عليهما ولو وصل فهو الساباط و ربما فرق بينهما بأن الجناح يضم فيه الى ما ذكر أن يوضع له أعمدة من الطريق وفي (القاموس) الساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق وفسر الجناح بالروشن وعن الازهري أن الروشن الرف وقد بينا ذلك كله في باب الديات ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما لو كانت مضرة أو أظلم بها على الاقوى أو كانت في المرفوعة فانه لا يجوز ﴾ أما عدم الجواز في المضرة بالمارة فمما لا ريب فيه عندهم كما عرفت وفي (موات التحرير) لو كانت مضرة وجب ازالتها اجماعا ولعله يدخل فيه ما اذا ظلم بها الطريق واما اذا ظلم بها الطريق فالاقوى عند المصنف عدم الجواز ولعل مراده الظلمة الغير المزيلة للضياء بالكلية وهو خيرة التحرير والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك واقتصر في الشرائع على قوله قيل لا تجب ازالتها (وقال في المبسوط) فان ادى الى ان يظلم الطريق لم يكن ذلك اضرارا ولا يمنع من المشي وقد حكى ذلك عن موضع من الخلاف وكان مخالفا ولعل اطلاقه منزل على الظلمه الغير المزيله للضياء بالكلية لانه قد حكى الاجماع في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر الكفاية على انه اذا ذهب الضياء بالكلية منع ولا تغفل عن اجماع التحرير وقد لا يكون الشيخ مخالفا عند التأمل ولعل المراد بذهاب الضياء أو بعضه ما هو أعم من ان يكون في بعض أوقات المرور أو كلها ليلا أو نهارًا لكل أحد أو لبعض الناس كضعيف البصر والضرر أعم من أن يكون لخوف المعتاد أو اتلاف شيء من المار ولا يندفع بوضع السراج اذ قد لا تذهب الظلمة به وقد ينطفي وقد يموت واضعه ولا يفعله وارثه وتبطل العبادة فيه ان قلنا انه غاصب وان قلنا ان الأمر بالشيء يقتضي النهي عن ضده الخاص وان هذا النهي مفسد للعبادة بطلت صلوة واضعه في غيره وصلوة القادر على ازالته فانه يجب عليه من باب الأمر بالمعروف الا ان نقول انما تجب ازالته على الواضع والسلطان كما تشير اليه عبارتا التذكرة والمسالك لمكان المشقة والعسر نعم يجب على غيرهما أمره واعانته وأما عدم جوازها لو كانت في الطرق المرفوعة فواضح لانها مملوكة لارباب الابواب فيها فهم محصورون فلا يجوز لاحدهم التصرف فيها بدون اذن الباقين ﴿ قوله ﴾

ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنة أو شباكا جاز واذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها (متن)

﴿ ولو أذن أرباب الدرب المرفوع أو فتح روزنه أو شباكا جاز ﴾ لا بحث في الجواز مع الاذن كما هو واضح وأما الجواز لو أراد فتح روزنه أو شباك فكذلك وقد نص عليه في الشرائع والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد مع التصريح في الآخرين بالجواز وان لم يأذنوا أو نهوا لانه انما يتصرف في جداره ولا ضرر عليهم ﴿ قوله ﴾ ﴿ واذنهم اعارة يجوز الرجوع فيها ﴾ كما في الغنية والتذكرة والدروس والمسالك وفي الثاني نفى العلم بالخلاف فيجوز له الرجوع فيه لكل واحد منهم متى شاء وتبطل بموته وخروجه عن التكليف باغماء أو جنون وهل يجب عليه الأرش لانه سبب في اتلاف مال الغير أم لا وجهان وهل يجوز اجراء الماء عن سطحه الى الدرب المرفوع اذا لم يكن من أربابه لعل الظاهر الجواز لان لكل أحد التصرف في ماله بما شاء وان كان سبباً لضرر غيره فله جعل سطحه بحيث لا يبقى فيه الماء وله ان يحدره حيث أمكن ولكن لهم أيضاً منعه ظلهم ذلك بكل ما يمكنهم ويبقى الكلام في بيان الدرب المرفوع والظاهر انه الذي لا ينتهي الى طريق آخر أو موضع مباح يجوز استطراقه كان يكون منتهيا الى ملك الغير أو المباح لغير الاستطراق سواء كان مسدودا بحائط ونحوه أولا بل منتهياً الى مالا يجوز المشي فيه ولعل المراد من أربابه من له اليه باب نافذ على وجه شرعي لا من كان حائطه فيه (وقد يقال) انا نمنع ان الطريق المرفوع ملك لاربابه اذا كان مستند الملك مجرد كونه مسدودا وان ابوابهم شارعة اليه وانه محل ترددهم قال في (التذكرة) يجوز لكل أحد الاستطراق في الطرق النافذة على أي حال شاء من سرعة وبطئ وركوب وترجل ولا فرق بين المسلم والكافر وأما الطرق المقطوعة فكذلك مع اذن أربابها ولو منع واحد منهم أو منعوا باسرهم فالاقرب عدم المنع لان لكل أحد دخول هذه الزقاق كدخول الدرب النافذ وهذا صريح في أنها ليست ملكا لكنه قال وفيه أشكال الاقرب ان جواز دخولها من قبيل الآيات المستندة الى قرائن الاحوال فاذا عارضه نص المنع عمل به أما الجلوس وادخال الدواب اليها فالاقوى المنع الا مع اذن الجميع وانت خبير بان اعماد جميع الناس على هذه الآيات مشكل لان كل أحد يدخل هذا المرفوع من غير اذن أهله ويقف فيه ويدخل اليه احماله ودوابه ويبيع فيه التبن والحشيش ولو لم يكن سايغاً لو رد المنع منه ولو عن بعض العلماء ولو كان ذلك لنقل الينا بالعاده بل لو كان ملكا لما جاز لبعض أهلها ذلك الا برضا الجميع لما شددوه في التصرف في المال المشترك من دون اذن الشريك ولو توقف على اذنهم للزم الحرج العظيم بل لو كان موقوفا على اذنه والذهاب اليه فيه لدار بل قد يصرح بعضهم بالمنع ولا يرد ذلك لو كان مملوكا لهم بوجه شرعي وقد قال في (التذكرة) أيضاً وهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد تختص بما بين رأس السكة وباب داره لان محل تردده هو ذلك المكان ومروره فيه دون باقي السكة فحكم ماعدا ذلك حكم غير أهل السكة وهو أظهر وجهي الشافعية والوجه الثاني لهم ان الاستحقاق في جميعها لجميعهم لأنهم ربما احتاجوا الى التردد والارتفاق بجميع الصحن لطرح الاثقال ووضع الاحمال عند الاخراج والادخال ولعل الاظهر عندهم هو الاظهر لانه أي الدرب مأخوذ من التصرف والتردد وليس الا الى بابه والأصل عدم شركته في الباقي وهذا صريح أو كالصريح في ان ليس هناك ملك وانما استحقاق تردد وتصرف ولكن سيأتي فيما اذا صالح واضع

ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة ويجوز الصلح بينه وبين ارباب المرفوع على احداث روشن وشبهه على رأي (متن)

الروشن أرباب الدور على وضعه انهم جميعاً مالكون جميع ذلك الدرب المرفوع وقال ان قسمة الصحن وسد الباب انما هو انما اذا لم يكن في السكة مسجد فان كان هناك مسجد قديم أو حديث فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق اليه وكذا لو جعل بعضهم داره رباطا ومدرسة أو مستراحا لم يكن لاحد منعه ولا منع من له الممر فيه وهذا اصرح وقال في (التذكرة) ان سبب الشارع امور ثلاثة مثل أن يسبل أحد ملكه لذلك أو تبنى قرية أو بلده في مباح فخلوا بينهم شارعا أو بني واحد حائطا وآخر في محاذاته وخليا بينهما دربا وشيء منها ليس بملك لصاحب الحائط وان سد آخره ومجرد السد معلوم انه ليس بملك وقال في (التذكرة) الطريق محدود بسبع أو خمس هذا لمن تشاح عليه أهل الدور المتقابلة ولا عبرة بغيرهم ولو اتفقوا على الوضع أضيق في الابتداء جاز وليس لاحد الاعتراض عليهم وطلب التوسعة فيه وانهم اذا وضعوه على حد السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه وكلامه هذا يشمل ما اذا كان مرفوعا ولو كان ملكا لجاز لهم كل ما يتفقون عليه بعد البناء وقال المقدس الاردبيلي كل ما ثبت بالاجماع أو النص من عدم التصرف في هذه الرقاقات مثل ما اذا كان مضرا فهو ممنوع وأما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين المرفوعة والمسكوكة (قلت) لكن المعروف من مذهب الاصحاب من دون خلاف كما يفصح عنه كلامهم في الشفعة وغيرها أن الطرق المرفوعة ملك لارباب‌ها وهو الذي نص عليه الاكثر في باب احياء الموات ويظهر من جماعة هناك أنه غير مملوك وعلى القول بانه مملوك فملكه ليس كسائر المملوكات لان اكثر لوازم الملك فيه منتفية فملكه كملك حريم القرية عملك على حده كما أوضحناه في بابه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويمنع من استجداد باب في المرفوعة لغير الاستطراق دفعا للشبهة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والارشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهو الذي يقتضيه اطلاق الغنية وقد نفي عنه الخلاف وقال في (الكفاية) قالوا ومرادهم بالشبهة ماقاله في المبسوط من ان فتحه في الجملة دلالة على الاستطراق وثبوت الحق في ذلك الرقاق أي وخصوصاً اذا مضى عليه مدة وماتت الشهود فكان فيه مفسده ولك ان تقول انه استدلال بما هو محل النزاع والمراد بفتحه لغير الاستطراق فتحه للاستضائة قال في (التذكرة) ويحتمل ان يمكن من ذلك لانه لو رفع جميع الجدار لم يكن لأحد منعه فلأن يمكن من رفع بعضه أولى (قلت) فرق بين رفع الجدار وأحداث الباب لمكان الشبهة في الثاني نعم لنا ان نقول ان في منع الانسان من تصرفه في ملكه لشبهة لعلها تحدث نظرا ظاهرا لكن المحقق الثاني والشهيد الثاني رمياه بالضعف وهو عندنا قوي خصوصاً اذا قال كما في التذكرة انا اسمره بحيث لاينفتح ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لاحق له في الطريق المذكور كالجار الملاصق له بحائطه وبين من له باب فيها اذا اراد احداث باب آخر أدخل من بابه لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز الصلح بينه وبين أرباب المرفوع على احداث روشن وشبهه على رأي ﴾ موافق للسرائر فيما حكي لاني لم أجده والتحرير والتذكرة والايضاح والحواشي والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (التذكرة) أنه أظهر عندنا وشرط في الدروس تعيين المدة وجعله في التذكرة

وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما أحدثه بغير اذنه ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما (متن)

أولى ولا نجد له وجها الاجعله فرع الاجارة فليتأمل فيه وشرط في التحرير كونه معلوم القدر في الخروج والعلو والمخالف الشيخ في المبسوط والقاضي فيما حكي عنه وابن زهرة نافيا فيه العلم بالخلاف قالوا لا يجوز لان فيه افراد الهوى بالبيع وهو مبني على أن الصلح فرع البيع ومعناه أن الهوى تابع فلا يفرد بالمال صلحا كما لا يفرد به بيعا وما زاد في الشرائع على قوله قيل لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع وفيه تردد (قلت) وليس في محله لانه حق مالي متمين المالك فجاز الصلح عليه واخذ العوض عنه ونمنع مانعية التبعية من الانفراد بالصلح بخلاف البيع لانه لا يتناول الا الاعيان والصلح هنا وقع عوضاً عن الوضع مدة او دائما (وكيف كان) فقد تسالمت الخصوم على خلاف مافي المسالك من جواز بيع الهواء منفردا لكن هنا اشكالاً وهو انهم قالوا اذا كان في المرفوعة بابان احدهما ادخل بمعنى انه آخر بالنسبة الى اول المرفوعة فصاحبه شريك مع الاقدم من اول المرفوعة الى بابه وانه شريك معه في الفاضل في آخر المرفوعة الى الموضع الذي يكون بعد الباب الآخر الذي هو باب الادخل وهو مختص بما بين البابين (والحاصل) ان الادخل مختص بما بين البابين وهما شريكان في الطرفين وقالوا انه يجوز لكل من الادخل والا قدم اخراج بابه مع سد الاول وعدمه لا الادخال بل احتمل في التذكرة والكتاب جواز الادخال وقضية كلامهم الأول ان هذا الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع الابواب فهو حق لهم أجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج لان ما بين البابين مختص بالداخل فانما يتوقف على اذنه فقط وقضية كلامهم الثاني انه يجوز لاحدهم اخراج الروشن ونحوه من دون اذن ويأتي تمام الكلام ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لغيرهم مع رضاهم الاعتراض ولكل من له الاستطراق فيه ازالة ما احدثه بغير اذنه ﴾ لانه تصرف في حقه بغير اذنه فكان له ازالته ولا فرق بين أن يأذن الباقون ام لا ويبقى الكلام فيما اذا جعل بعضهم داره مسجدا أو مدرسة أو رباطا فان المسلمين كلهم يستحقون التردد الى هذه وهم غير اهل السكة فهل لهم الاعتراض مع رضا اهل السكة وهل لهم ازالة ما احدث بغير اذنهم اذا لم يكن مضرا في المسئلتين احتمالان ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولذي الدارين المتلاصقتين في دربين مرفوعين فتح باب بينهما ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان لانه يستحق المرور في كل واحدة من السكتين ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما دارا واحدة جائز بلا خلاف كما في المبسوط واجماعا كما في التذكرة وجامع المقاصد ففتح باب من احدهما الى الأخرى بطريق اولى اذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار فليس لاحد من اهل واحدة من السكتين منعه وتصويره هكذا

زقاق غير نافذ
دار
دار
زقاق غير نافذ

ولم يعرف المنع الا من الشافعية في احد قوليهم لان ذلك يثبت له حق الاستطراق من الدرب الذي لا ينفذ الى دار لم يكن لها طريق منه وذلك ربما ادى الى اثبات الشفعة في قول من اثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى (قلت) وينبغي أن يزيدوا (يريدوا خل) أن ذلك على تقدير القول بثبوتها مع الكثرة قال في (التذكرة) وهو غلط لان له رفع الحاجز بالكلية فرفع بعضه أولى والمحذور لازم فيما اذا رفع الحائط مع انه لا يبطل حق

وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر وينفرد الا دخل بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين (متن)

الشفعة أنتهى والذي ينبغي أن يقال ان كل دار على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني والدار التي هو فيها لا للاولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي استحقاق الشفعة حينئذ نظر ﴾ لعله يريد انه اذا باع احدى الدارين بشرط بقاء مجازه فيها ثم بيعت دار في دربها فهل يستحق الشفعة فيها حينئذ أن اثبتناها مع الكثرة نظر أو يريد انه لو بيعت دار في احدى الدربين فهل يشفع فيها بسهمين لان له دارين ويكون وجه النظر في الاول من حيث انه يستحق المجاز منها الى الدرب ولا نعني بالمجاز الا ذلك ومن حيث انه لا باب لها فيه والاستحقاق انما هو للدار الاخرى لا لها وهذا هو الذي صححه في الايضاح قال ولا وجه عندي للاول ومنه يعلم وجه النظر في الثاني مع زيادة التردد في توزيعها على السهام واحتمل بعض الناس ان يكون المراد في استحقاق الشريك الشفعة لو باع ذو الدارين احدهما نظر من تخيل تكثر الشركاء باعتبار تكثر النصيب ومن تخيل عدم التكثر بذلك ومنهم من احتمل ان المراد أن في حدوث استحقاق الشفعة لكل من الشريكين في الدربين المرفوعين بالنسبة الى الدار الاخرى اذا باعها هو أي صاحب الدارين نظرا ينشاء من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك وعدمه (قلت) لعله لا بد في هذا من التقييد بعدم اشتراط سد الباب بينهما فان شرطه فلعله لا مجال للشفعة وقال في (جامع المقاصد) ان هذا لا يستقيم الا على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وقال ان المراد أن في بقاء استحقاق الشفعة بسبب الاشتراك في الطريق حينئذ نظرا ينشأ من التردد في كون ذلك موجبا للاشتراك في الطريق من الجانبين الموجب للكثرة وعدمه ولعل (ولعله خ) اراد بالوجه الاول أن ذلك موجب للاشتراك الموجب للكثرة فلا شفعة بناء على المنع منها مع الكثرة وبالثاني أن ذلك لا يوجب الاشتراك الموجب للكثرة لان الكثرة انما هي هنا باعتبار دارين فلم تزد الشركاء باعتبار كل واحدة عن اثنين والمانع انما هو هذا وفيه مالا يخفى واحتمل في جامع المقاصد أن يكون معنى العبارة وفي بقاء استحقاق صاحب الدارين المفتوح بينهما باعتبار كل منهما الشفعة على شريكه في كل من الدربين المرفوعين لو باع داره وقلنا باستحقاق الشفعة بمجرد الاشتراك في الطريق أو كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا بالقسمة وبقي الطريق نظر ينشاء من أن مجاز تلك الدار في درب يشاركه فيه آخر غير الشريك في هذه الدرب فتكثر الشركاء فينتفي استحقاق الشفعة حينئذ بناء على أن المنع منه مع الكثرة ومن أن شركته مع ازيد من واحد انما هي باعتبار دارين فلم يزد الشركاء باعتبار كل واحدة على اثنين (قلت) قد عرفت أن الشفعة على ما كانت عليه قبل فتح الباب وان فتحه لا يوجب ثبوت الاستحقاق بواحدة من الدارين في طريق الاخرى ولا بد فيما اذا كانت الداران مشتركتين ثم تميزتا من ان يفرض الاشتراك في الطريقين لكل من الدارين قبل القسمة فلما حصلت القسمة سدّ ما بينهما ثم طرء فتح الباب والا فلو كان الاشتراك حادثا بعد القسمة لا يعتد به في الشفعة ثم انه لا يستقيم الا على القول بثبوتها مع الكثرة لان الشريك على هذا الفرض متكثر على أن المفروض ان هنا دارين لاحق لاحدهما في درب الاخرى وقد فرضت سبق اشتراك الدارين في الطريقين ﴿ قوله ﴾ ﴿وينفرد الأدخل بما بين البابين ويتشاركان في الطرفين﴾ يريد انه

ولكل منهما الخروج ببابه مع سد الاول وعدمه فان سده فله العود اليه (متن)

لو كان في زقاق با بان لرجلين احدهما ادخل من الآخر انفرد الا دخل بما بين البابين وتشاركا في الطرفين وهذا مثاله

باب الداخل | باب الخارج
دار | دار

واما ان الاول ينفرد بما بين البابين فهو المشهور كما في التذكرة والمسالك وجامع المقاصد مع زيادة في الاخير وهي أن عليه الفتوى وفي (الدروس) عليه متأخروا الاصحاب وهو الاشهر كما في الكفاية لان المقتضي لاستحقاق الخارج هو استطراقه ونهايته بابه فلا يشارك الداخل في الداخل لان حكمه بالنسبة الى هذا الزائد على بابه حكم الاجنبي وقد عرفت حال هذا الدليل فيما سلف وقوى في الدروس مشاركته للأدخل فيما دخل عن بابه لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال وفي (مجمع البرهان) انه الظاهر ونظر فيه في جامع المقاصد بانه لا يلزم من الاحتياج الشركة وانما المقتضي للملك هو الاحياء فاذا وضع الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما دخل عنه وجه أنتهى فتأمل ثم انه قد يقال انه لو كان ما استدلوا به من الاستطراق دليل الملك لكان الفاضل في آخر المرفوعة ملكا للآخر فكيف يقولون بانه مشترك كما يأتي ثم أن ما بين البابين قد يكون واسعا جدا ولا يمر الأدخل الا ببعضه وقد يكون في مقابلة باب فيشكل اختصاص كل منهما بما يحاذي بابه لعدم الامتياز وعدم الدليل المذكور واما أنهما يتشاركان في الطرفين ففي التذكرة انه المشهور وحكاها أي الشهرة في المسالك على مشاركتهما في المجاز ولم يحكها في الصدر و بتشاركهما في الطرفين صرح في الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك لاشتراكهما في الارتفاق فلا أولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لان ادخلية الباب تقتضي الاستطراق وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح واستشكل فيه في المسالك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع حينئذ بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ودفعه بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ومع ذلك فيمكن دخول الخارج الى الفضلة بشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا حق له في تلك الطريق به فاذا انضم الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف وفي الفضلة حكم باشتراكها بينهما ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله لذلك لان الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك أنتهى والمناقشة فيه مجال ولكن الخروج عما عليه الاصحاب مشكل جدا و يمكن التخلص عن جميع ما ذكرنا بما لعله به ينتفي الاشكال ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولكل منهما الخروج ببابه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وفي (التذكرة) انه المشهور لان كل ما خرج عن بابه فله فيه حق وله حق التصرف في جداره برفعه اجمع فبعضه أولى ﴿ قوله ﴾ ﴿ مع سد الاول ﴾ قطعا كما في التذكرة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وعدمه ﴾ عندنا كما في التذكرة ولا يمنع تكثر الابواب لعدم تفاوت الحال ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان سده فله العود اليه ﴾ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان حقه الثابت

وليس لاحدهما الدخول ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب (متن)

لا يسقط بسد الباب ولا بالاسقاط ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس لاحدهما الدخول ﴾ أي ببابه عن موضعه كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك لانه لا حق لاحدهما فيما دخل عنه (قلت) اما الخارج فالامر فيه واضح لانه لما لم يكن له حق فيما جاوز مجازه الى داخل لم يكن له الدخول الا باذن الداخل واما الداخل فاقصى ما يمكن أن يقال في توجيهه بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه كان له فتح بابه ابتداء الى أي الجهات شاء فلما احيي ما حوله منع منه فتأمل هـذا ولعل الحال في الميزاب كالحال في الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحتمله اذ قد كان له ذلك في ابتداء الوضع ورفع الحائط اجمع ﴾ أي يحتمل جواز الدخول لكل منهما وقـد احتمله في التذكرة والتحرير وظاهرهما أو صريحهما بقرينة ما قبله وما بعده ان المراد جواز الدخول مع الاستطراق وفي (جامع المقاصد) أن هذا بعيد جدا قال العبارة تحتمل أن يريد جواز الدخول بالباب من غير استطراق وان يريد مع ذلك جواز الاستطراق وهو بعيد جدا والوجه الاول من الوجهين لو تم لدل على الثاني بخلاف الوجه الثاني وستعرف أن الثاني يدل على الاول باللازم والوجهان قـد استدل بهما ايضاً في التذكرة الاول انه قد كان له ذلك في ابتداء الوضع مخيرا بين وضع الباب داخلا وخارجا والاصل بقاء ذلك وضعف في جامع المقاصد والمسالك بان تملك المباح انما يقع على الوجه الذي اتفق فانه قد كان له فتح الباب من أي الجوانب شاء وقد امتنع عليه الآن لسبق من حوله بالاحياء على فتحه وهذا جيد بالنسبة الى الخارج لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه لانه مختص بالداخل وغير واضح بالنسبة الى الداخل ثم انه قد لا يتم على ما فهمه في جامع المقاصد من العبارة من جوازه من غير استطراق ثم انه قد يقضي باختصاص من حوله به وانه لا شركة له معه فتأمل (الثاني) ان جعل الباب أدخل عبارة عن رفع بعض الجدار ورفع جميعه جائز فبعضه أولى وضعفه في جامع المقاصد بأن رفع الجميع لا يتطرق اليه شبهة استحقاق الاستطراق بخلاف جعل الباب أدخل قال وعليه رفع الجميع قد يتطرق اليه شبهة كون الطرف الادخل كله أو بعضه داخلا في ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لهذه الشبهة نعم غيرما نع بخلاف الباب فانه هو السبب في التهمة ثم قال ولا خفاء في ضعف هذا الاحتمال (قلت) اذا كان الفاضل مشتركا وقد جوزوا اخراج الباب في المشترك فليجوزوا ادخال الباب للادخل لانه في المشترك الا أن تقول انه قد يفضي الى الاختصاص على تطاول الزمن لانه قد تقرر عندهم أن الداخل يختص بما بين البابين ثم على تقدير تسليم الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط كله ان كان المراد هو جواز الفتح من دون استطراق كما فهمه هو كانا سواء في كونهما غير ما نعين وانهما ليسا محصلين للشبهة فليتأمل ثم ان منع المالك من التصرف في ملكه لشبهة قد تعرض في مال مشترك مما يستبعد جدا وخصوصا على ما فهمه من فتح باب لغير الاستطراق فتدبر هذا وفي (الايضاح) ان هذا الاحتمال ذكره المصنف على سبيل البحث لانه محتمل عنـده هكذا قال المصنف في درسه وقال هو لا وجه لهذا الاحتمال عندي ﴿ قوله ﴾ ﴿ وليس للمحاذي في النافذ منع مقابله من وضع الروشن وان استوعب الدرب ﴾ كما هو حاصـل كلام المبسوط والارشاد وصريح الشرائع والتحرير والتـذكرة والدروس وجامع المقاصـد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية لان حق الطريق النافذ غير

فان خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراقه وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس الا على احتمال (متن)

مختص بأصحاب الدور فلم يكن للجار المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن أو فاتح الباب فيهما وان استوعبا عرض الدرب بحيث صار بمكانه لم يبق للجار موضع فيه لوضع روشن ولا فتح باب اذا لم يضر بالمارة ولم يضع شيأ منه على جدار المقابل ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان خرب جاز لمقابله المبادرة وليس للاول منعه ﴾ كما صرح بذلك في المبسوط وما ذكر بعده آنفا لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه فلما خرب بناؤه زالت الاولوية وعاد الامر كما كان وشبه ذلك في التذكرة وغيرها برجل جلس في مكان مباح كمسجد أو درب نافذ ثم قام عنه أو أقيم قهرا وقالوا ان الاول يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه وليس للاول ازعاجه وان أزعج الاول فكذا هنا بل في التذكرة والمسالك لو فرض ان الثاني أخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول أن يزيل الثاني وان كان الثاني ضمن ارش الاول واكتسب الاثم وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية انه انما يزول حقه بالاعراض لا بالهدم والانهدام كالجالس في المباح للاولوية (قلت) قول بعض الشافعية قوي جدا فيما اذا أقامه من مكانه قهرا أو هدم روشنه كذلك وهو جار في كل أولوية بل قد تقول ببطلان صلوته في ذلك المكان وهذا هو الذي استوجهه في جامع المقاصد في باب احياء الموات وقال لم أجد بهذا الفرع تصريحا وكأنه غفل عن كلامهم في الصلح وقد مال اليه في الروضة والمولى الاردبيلي قوى قول بعض الشافعية على اطلاقه وقال انه ليس بأقل من التحجير قلت قد ذكر جماعة من الاصحاب ان حق أولوية التحجير لا تسقط بتغليب غيره فمراده ان هذا مثله لانه أفاده أولوية ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز جعل الدار اثنتين ويفتح في المرفوع آخر في موضع له استطراقه ﴾ كما في التذكرة والتحرير لانه قد تقدم ان له أن يفتح لداره في الدرب المرفوع بابا آخر الى صدر الدرب في الموضع الذي له استطراقه واذا جعل الدار الواحدة اثنتين ثم فتح بابا للاخرى في موضع استطراقه لم يكن منه مانع ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفتح باب في النافذ لذات المرفوع دون العكس ﴾ كما في التذكرة وتصويره انه لو كان له دار لها باب في زقاق غير نافذ ولها حائط في شارع أو زقاق نافذ فأراد أن يفتح بابا في حائطه الى الشارع جاز له لانه يريد أن يرتفق بعالم يتعين ملك أحد عليه (وعساك تقول) ان في ذلك اضرارا بأهل الدرب المرفوع لانه كان منقطعا وبفتح الباب يصير الدرب نافذا مستطرقا اليه من الشارع (لانا نقول) انه بفتح الباب صير داره نافذة وأما الدرب فانه على حاله غير نافذ اذ ليس لاحد غيره استطراق داره ولو انعكس الحال وكانت بابه في الشارع وله حائط في المقطع فأراد فتح باب للاستطراق فقد تقدم انه ليس له ذلك اذ لاحق له في درب قد تعين مالكوه وفي (الدروس) يجوز العكس على الاقوى وهل يجوز لمن داره في صدر المرفوع أن يرفع جداره (جدرانه خ ل) ويجعل المرفوع نافذا كما جاز له أن يجعل داره مسجدا احتمالان وقد يفرق بين ذلك والمسجد ﴿ قوله ﴾ ﴿ الا على الاحتمال ﴾ أي لا يجوز العكس الا على الاحتمال السابق من جواز ادخال الباب في المرفوع نظرا الى أن ذلك كان له في ابتداء الوضع وان له رفع الجدار ﴿فرعان الاول﴾ في التذكرة والدروس يجوز عمل سرداب في

والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع وبعده على الاقوى لكن مع الارش (متن)

الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها ولو كان في المرفوع لم يجز وان أحكم الا باذنهم (الثاني) لو جعل المقابل روشنا تحت روشن مقابله أو فوقه فهل للسابق منعه قال في (الدروس) لم أقف فيه على كلام وقضية الاصل عدم المنع الا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره وهواه وهو بعيد لانه مأذون في الانتفاع وليس ملزوما للملك ﴿ قوله ﴾ ﴿ والجدار المختص ليس للجار التصرف فيه بتسقيف وطرح خشب وغير ذلك ﴾ اجماعا كما في التذكرة وعليه دل العقل لانه قاض بقبح التصرف في مال الغير بغير اذنه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا تجب عليه الاعارة بل تستحب ﴾ هذا عندنا موضع وفاق كما في المسالك وحكى في التذكرة عن بعض الشافعية ان للجار ان يضع جذعه على جدار جاره وان امتنع أجبر فيجب عليه القبول لما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لايمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره وهو محمول على الاستحباب ان سلمنا صحته والا فالعقل والنقل قاضيان يرده أما الاول فلما تقدم من قبح التصرف في مال الغير وأما الثاني فلقولهم عليهم السلام الناس مسلطون على أموالهم ولا يحل مال امرء الا بطيب نفس منه (وأما) دليل الاستحباب فهو مادل على قضاء حوائج المسلمين وما جاء من الوصية في حق الجار حتى كاد يظن أن يورثه الى غير ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو أذن جاز الرجوع قبل الوضع ﴾ مجانا قطعا كما في التذكرة واجماعا كما في التحرير والمسالك و بغير خلاف عندنا كما في مجمع البرهان ﴿ قوله ﴾ ﴿ و بعده على الاقوى لكن مع الارش ﴾ كما في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك وعارية الكتاب والايضاح وجامع المقاصد لانه عارية ولان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء والحاقه بالدفن قياس مع الفارق لتحريم نبشه دون اخراب البناء (وأما الارش) فلأنه بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقضه ولان فيه جمعا بين الحقين ولانه سبب الاتلاف لاذنه والمباشر ضعيف لانه بالامر الشرعي والشهيد في الدروس كأنه متردد قال قيل جاز له الرجوع فينقضه لانه أعاره ويحتمل المنع من النقض للغرر الحاصل به فانه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم تكون له الاجرة فيها بعد الرجوع قلت قال في (التذكرة) انه يثبت له الخيار بين القلع مع الارش و بين التبقية بالاجرة ان رضي صاحبه ومثل ذلك مااذا أعاره خشبة و بنى عليها ونحو ذلك وقال في (المبسوط) لم يكن له الرجوع مادامت تلك الجذوع باقية لان المقصود بوضعها التأبيد والبقاء دون القلع فان بليت وانكسرت بطل اذن المعير وقد حكى ذلك عن القاضي وهذا قول لبعض الشافعية قالوا لايستفيد به القلع ولا طلب الاجرة في المستقبل وهذا القول لعله قوي متين والا لزم الضرر العظيم الذي لا ينجبر بالارش لانه يخرب ملكه وقد لا يجد من يبني له وقد يكون لولم يعره جداره أو خشبته كان يسهل عليه تحصيل غيرهما ولا يعارضه أن المنع أيضا ضرر على المالك لانه أدخله على نفسه اذ العادة قاضية بأن مثل هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكأنه قال له أعرني مادام خشبي باقيا وليس لك الرجوع قبله وقد أعاره والتزم بذلك فكانت كالعارية للدفن ولا يجدي الفرق بأن النبش حرام

على اشكال ولو انهدم افتقر الى تجديد الاذن (متن)

وانه قياس لتنقيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق اذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النبش حراما بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات الكثيرة على أنا قد نقول الاصل في العقود اللزوم خرجت منها العارية في غير محل النزاع بالاجماع و بقي الباقي ثم انا اذا سلمنا جواز الرجوع متى شاء فلا معنى لوجوب الارش لان المستعير قد أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتهديم والتخريب في أي وقت شاء فكان هو المهدم والسبب مع ان الاصل براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره على تخليص ملكه منه بل اصالة البراءة مطلقا فليتأمل في ذلك كله جيدا وتمام الكلام في باب العارية وهذا كله اذا لم يؤد الى خراب ملكه كما اذا استعار الجدار ليضع طرف خشبه عليه والطرف الآخر على ملكه فان المصنف فيما يأتي في العارية والمحقق وغيرهما ترددوا وجماعة جزموا بعدم جواز الرجوع وآخرون جزموا بجوازه ﴿ قوله ﴾ ﴿ على اشكال ﴾ أي يرجع مع الارش على اشكال ولم يرجح هنا كولده في الايضاح والشهيد في الحواشي ومنشؤه مما تقدم من انه بناء محترم الى آخره ومن انه انما أذن له عارية ومن خواصها الرجوع متى أراد مع اصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره كما تقدم آنفا وقد أطبقوا في باب العارية على كلمة واحدة على لزوم الارش من دون تردد ولا اشكال وعلى تقدير ثبوت الارش فهل له عوض مانقص من آلات الواضع بالهدم أو تفاوت مابين العامر والخراب وجهان منشؤهما ان البناء اذا كان محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت مابين كونه عامرا وخرابا لان ذلك هو نقص المالية و به جزم في تعليق الارشاد وقال في (جامع المقاصد) انه لا يخلو عن قوة وفي (المسالك) انه اقوى لأن جميعه مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك الملك انما أثر جواز النقض لا المشاركة في الماليه ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه وانما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته ولم يرجح الشهيد في الدروس والحواشي واحتمل المقدس الاردبيلي ثالثا وهو عوض جميع ما اخرجه المالك في المهدوم بسبب أخذ خشبه بعد وضع قيمة الآلات الموجودة فيدخل فيه اجرة الأكار وغيرها قال وهو الأظهر وهو كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انهدم افتقر الى تجديد الاذن ﴾ ان كان المراد انهدام الخشب والآلات كان الحكم المذكور صريح المبسوط والخلاف والتذكرة لكن الظاهر ان المراد انهدام الجدار وعليه فالحكم المذكور صريح المبسوط أيضا والشرائع والتذكرة والارشاد والتحرير والمختلف والدروس والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وظاهر التذكره الاجماع عليه وستسمع عبارتها وفي (المسالك) أن كثيرا من الاصحاب لم يذكر فيه خلافا (قلت) و به جزموا في باب العارية ودليله أن الاذن انما كانت بالوضع على هذا الجدار الخاص ومن المعلوم أنه بعد عوده غيره فلا تشمله الاذن ولا فرق في ذلك بين أن يكون البناء الثاني بالآلات المنهدم أولاً أم لا كما صرح به جماعة في الباب و باب العارية قال في (التذكرة) لو انهدم الجدار فبناه بتلك الآلة افتقر الى اذن جديد وللشافعية وجهان ولو بناه بغيرها لم يعد الوضع الا بأذن جديد عندنا وعند الشافعية قولاً واحدًا وظاهرها ان لا خلاف عندنا في ذلك وان الخلاف في القسم الأول فقط للشافعية فقط وانهم يوافقونا في الثاني لكنه قال في الشرائع فيه قول آخر وفي (المختلف والمسالك) انه للشيخ في المبسوط وهو أنه لو استهدم الجدار كان للمعير

ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته (متن)

نقضه وانه ان أعاده بآلته الاولى لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف وان أعاده بغيرها كان له منعه وقال في (المختلف) أيضاً مع ان الشيخ قال أولاً لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستأنفه وأي فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول وتلك لا توجب دوام الاعادة بل نقول أبلغ من ذلك وهو أن المالك لو هدم الحائط من غير حاجة لم يكن للمستعير الأعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به انتهى (قلت) الشيخ تعرض للمسئلة في ثلاثة مواضع من المبسوط في الصلح فرض في موضعين منها تلف الخشب وانكسارها وانهدام السقف أو تعمد المستعير قلعه وفرض في الموضع الثاني كونه شريكا في الجدار وأذن له الشريك وقال في الموضعين انه ليس له اعادة الخشب الا بأذن جديد وفرض الموضع الثالث وهو الذي ذكره في المختلف فيما اذا ملكا الدار ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه ثم انهدم السقف قال فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لأنه يجوز ان يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع فيه بحال بلا خلاف فان أراد صاحب الحائط نقض الحائط فانه ينظر فان كان الحائط صحيحا منع من نقضه لانه يريد اسقاط حق المستعير وان كان الحائط مستهدما كان له نقضه وينظر فان أعاده بتلك الآله لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان أعاده بغير تلك الآله كان له منعه وقيل ليس له منعه والأول أقوى انتهى ولعله أراد انه من المحتملات ان يكون باعه آلات الجدار وشرط عليه ان يضع خشبه عليها مائة سنة أو مادامت باقية ان جوزناه أو صالحه او نحو ذلك فلا يكون مخالفا ولا يرد عليه مافي المختلف فليتأمل ثم انا قد وجدناه وقد تعرض لها ايضاً في العارية وفرض فيها انكسار الجذع وقال انه ليس له اعادة الآخر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز الصلح على الوضع ابتداء بشرط عدد الخشب ووزنه ووقته ﴾ اما جواز الصلح على وضع الخشب مع عده ووزنه فقد صرح به في المبسوط والتذكرة والارشاد والدروس ومجمع البرهان والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك غير ان في الاربعة الاخيرة التقييد بالابتداء كالكتاب ليحترز عما لو وقع عليه الصلح بعد البناء فانه لا يعتبر حينئذ الا تعيين المدة لصيرورة الباقي معلوما بخلاف ما اذا لم يبن لتفاوت الضرر ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق واقتصر في المبسوط على اشتراط عدد الخشب ووزنه وزيد طوله في السرائع والتحرير والارشاد وتعليق الارشاد والمسالك ومجمع البرهان ولعله لاختلاف ضرر الحائط باختلافه في الطول وان اتفق وزنه قلت المدار على رفع الجهالة وقد ترك فيها كلها ذكر المدة والوقت ولا بد مع ذلك من ذكرها وضبطها كما في الكتاب والدروس وغيرهما ودليل المسئلة مع الشرائط المعتبرة في المعاملات التي ترفع بها الجهالة والغرر عموم ادلة الصلح بل لا يبعد كما في مجمع البرهان اشتراط تعيين المحل الذي يوضع عليه طولا وعرضاً وعمقا وهذا اذا كانت الآلات غائبة ولو كانت مشاهدة كفت المشاهدة عن كل وصف كما في المبسوط والدروس وجامع المقاصد والمسالك وكذا مجمع البرهان ولكن لابد من تعيين المدة وهذا في الخشب اما في الآجر واللبن فيكفي فيهما العادة كما صرح به في التذكرة وغيرها ولو كان الصلح على البناء على حائطه زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسمك البناء صرح به في المبسوط وغيره ولا ختلاف ضرره باختلافهما وان كان الجدار جدار مسجد ونحوه لم يجز لأحد البناء عليه ولا الوضع بدون اذن الحاكم

ولو كان مشتركا لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا بإذن شريكه ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ولو هدمه فالاقوى الارش ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرهما (متن)

قطعاً كما في الدروس وفي جواز اذنه بعوض حيث لاضرر على الموقف وجهان اقواهما العدم كما في الدروس وهو قضية اطلاق كلام التحرير ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان مشتركاً لم يكن لاحدهما التصرف فيه بتسقيف وغيره الا بأذن شريكه ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها وهو واضح بل في التذكرة وغيرها انه ليس لاحد الشركاء التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات حتى ضرب الوتد وفتح الكوه بل ليس له أخذ أقل مايكون من ترابه ليترب به الكتاب بدون اذن جميع الشركاء وفي (الدروس) انه ليس له حك شيء من آلاته حجرا كان أو آجرا ولا الكتابة عليه وقالوا انه له الانتفاع به بالاستناد اليه أو اسناد المتاع مع انتفاء الضرر وفي (التذكرة وجامع المقاصد والمسالك) انه لو منع المالك حرم لانه نوع تصرف بايجاد الاعتماد لانه خلاف الاستظلال وفي (الدروس) ان الاقرب ان ليس له المنع اذا كان المجلس مباحاً كما هو المفروض ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر أحدهما على الشركة في عمارته لو انهدم ﴾ كما في المبسوط والخلاف وسائر ماذكرناه بعدها آنفا مع زيادة الكفاية وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث نسبه الى علمائنا وفي (المسالك) لا كلام فيه ودليلهم الاصل السالم عن المخرج عنه مضافا الى مافي التذكرة بخلاف الحيوان ذي الحرمة لتعلق غرض الشارع بالانتفاع به وان اجباره على عمارته أما لحق نفسه وهو باطل لانه لايجبر قطعاً لو انفرد به أو لحق غيره فكذلك لانه لايجبر الانسان على عمارة ملك الغير كما لو انفرد به الغير والحاصل ان المخالف الشافعي في القول القديم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو هدمه فالاقوى الأرش ﴾ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك وفي (التحرير) لو قيل به كان وجها وفي (المبسوط والشرائع والارشاد) ان عليه اعادته وحكاه في المسالك عن التذكرة وليس كذلك اذ الموجود في نسختين منها ماذكرناه وفي (الدروس والحواشي) ان عليه اعادته لو أمكنت المماثلة كما في جدر بعض البساتين والمزارع والا فالأرش (وجه الاول) ان ضمان المثل انما يكون في المثلي والجدار قيمي على ان العين موجوده والزائل انما هو الصفة فعليه ارش مابين قيمته منهدما ومعمورا كما في الحواشي وغيرها (وفيه) انه قد يكون قيمته بعد الهدم قليلة جدا وقيمة الجدار الصحيح كثيرة جدا فتأمل فلعل الاولى على القول بالأرش ان يكون مايصرف في بنائه بمثل البناء الاول كما نبه عليه في مجمع البرهان فالجدار وان كان قيميا باصطلاحهم الا ان العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران اذ المطلوب منه كونه حائلا ومانعا ولا يريدون في مثل ذلك الا المماثلة في الجملة مؤيدا بما عرفته من حال الارش فتفصيل الدروس لابأس به ولكن جماعة في باب الغصب لم يذكروا في مثل ذلك الا الارش ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر على عمارة الدولاب والبئر وغيرهما ﴾ كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية ولا فرق بين كون المشترك ذاغلة تفي غلته بعمارته وغيره عند الاصحاب كما في المسالك والمخالف بعض العامة فحكم باجبار الشريك على المساعدة في هذه المذكورات دون الحائط فارقا بينهما بان الشريك لايتمكن من المقاسمة فيضر به

ولو انفرد به احدهما لم يمنع (متن)

بخلاف الحائط فانه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته وردبان قسمة العرصة والحائط قد تكون اكثر ضررا فكانا سواء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو انفرد به أحدهما لم يمنع ﴾ أي انفرد بالبناء أو العمارة على اختلاف النسخ كما في المبسوط والتحرير وهو قضية كلام التذكره لانه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته ولا ضرر عليه بوجه وفي (جامع المقاصد والمسالك) ان الاصح والاقوى توقفه على اذنه واحتمل ذلك قويا في الدروس ان بناه بالآلة المشتركة مع اشتراك الاساس لانه مال مشترك فيمتنع التصرف بدون اذن الشريك وقوى من دون توقف التوقف على اذنه ان بناه بآلة من عنده ففرق بين الامرين والاقوى التوقف مطلقا فاذا امتنع حيث لاضرر عليه بل يكون في ذلك نفع واحسان اليه رفع أمره الى الحاكم ليجبره على الاذن أو المساعدة فان امتنع أذن له الحاكم بدون أجرة لانه اذا لم يجبره على العمارة لايجبر على الانفاق وفي (المبسوط والتحرير والتذكرة) حيث اختير فيها انه لا يمنع انه له بناؤه بانقاضه و بآلات من عنده فان بناه بانقاضه فالحائط على الشركة وان بناه بآلات من عنده فالحائط للباني (وفيه) ان الآلات اذا كانت مشتركة كيف يجوز له التصرف فيها بالعمارة من دون اذن المالك وفي الثلاثة أيضاً انه لو بناه بانقاضه لم يكن للشريك نقضه ولا للباني (وقد يقال) انه لو طالبه الشريك بهدمه امكن وجوب الاجابه لان تصرفه في الآلات كان بدون اذن وربما تعلق غرضه بها وطلب قسمتها كذلك وفي الثلاثة أيضاً انه أن بناه بآلات من عنده فللباني نقضه وليس للشريك ذلك ولا له وضع خشبة ورسومه عليه (قيل) اذا كان الاساس مشتركا كيف لايكون له نقضه وهو خيرة الدروس وجامع المقاصد (قلت) اذا حصل للشريك ضرر عظيم بعدم عمارته فله دفع الضرر عن نفسه ببنائه من آلة من عنـده فاذا بناه على وجه شرعي كان مستحق البقاء مملوكا له فليس للشريك نقضه ولا وضع خشبة ورسومه عليه فكان كلام الشيخ والمصنف اوفق باصول المذهب وفي الثلاثة ايضاً لو اراد الباني النقض حيث يكون الآلات من عنده فقال انا ادفع نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر وفي (التحرير) انه لو قال اما أن تأخذ نصف قيمته لانتفع بوضع خشبي أو تقلعه لنعيد البناء لزمه الاجابة وقيده في التذكرة بما اذا كان له رسم خشب عليه لانه لا يجوز للباني ابطال رسوم بنيانه ولعله مراد التحرير وهو خيرة الشيخ في المبسوط وقـد حكى عنه في الدروس والمسالك انه خير الشريك الغير الباني بين مطالبته بهدمه واعطائه نصف قيمة الحائط قالا والتخيير في ذلك للباني لا للشريك (قلت) الموجود في المبسوط فان قال الشريك الباني انا لا انقضه وامنعك من الانتفاع به فقال شريكه انا اعطيك نصف قيمته واعيـد رسمي من الخشب كان له ذلك ويقال للباني انت بالخيار بين أن تأخذ منه نصف قيمة الحائط وبين أن تنقضه حتى تعيدا جميعا حائطا بينكما لان قراره مشترك بينكما وله حق الحمل عليه ولا يجوز لك الانفراد به انتهى وهو صريح فيما حكيناه مخالف لما حكياه وكيف كان فعلى القول باعتبار اذنه لو خالف الشريك وعمر فهل لشريكه نقضه الظاهر أن له ذلك سواء كان بناه بآلته أو بغيرها اما الثاني فلانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير الا ان يضطر الى ذلك كما تقدم واما الاول فمع انه تصرف في الارض والانقاض وتغيير لهيئته ووضعه الذي كان عليه بهيئة اخرى مغصوبة أو كالمغصوبة انه ربما تعلق غرضه بآلاته ولا يلتفت الى ان هدمه له تصرف في مال شريكه الذي

ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو ولو طلبا قسمته طولا أو عرضا جاز (متن)

بناه لانه يزيد الوصول الى حقه ولا احترام لما وضعه عدوانا فتأمل وفي (جامع المقاصد) لو اراد احد الشريكين الاضرار بصاحبه في الجدار والقنا والدولاب ونحوها فان امتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها فليس يبعيد أن يرفع امره الى الحاكم ليخير الشريك بين عدة امور من بيع واجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك عملا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لاضرر ولا ضرار ولأن في ترك جميع هذه الامور اضاعة للمال وقد نهى عنها قال ولم اظفر هنا بتصريح فينبغي أن يلمح أنتهى (قلت) من الوجوه الممكنة انفراد الشريك بالعمارة وقد صرح به من عرفت من دون اذن الحاكم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر صاحب السفل ولا العلو على عمارة الجدار الحامل للعلو ﴾ قال في (التذكرة) لو كان علو الجدار لواحد وسفلها لغيره فانهدم لم يكن لصاحب السفل اجبار صاحب العلو على مساعدته في اعادة السفل لاصالة البراءة وكذلك ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعادة السفل ليبني عليه عند علمائنا وفي (المبسوط) نفى الخلاف في الاول وفي (الدروس) لا يجبر صاحب السفل ولا العلو على بناء الجدار الحامل للعلو ولا على جدار البيت الا أن يكون ذلك لازما بعقد وبهذا القيد جزم في جامع المقاصد وعليه نبه في مثله في المبسوط لكن في التذكرة لو كان له ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم لم يجبر احدهما على العمارة وللشافعية قولان وقضيته عدم اعتبار القيد فيما نحن فيه وفي (التحرير) لوطلب صاحب العلو البناء لم يكن لصاحب السفل منعه وهذا يوافق ما سلف له في الجدار من انه اذا انفرد احدهما بالعمارة لم يمنع كما تقدم ويمكن حمله على ما اذا كان حمل جدران العلو واجبا والا اشكل فيما اذا كان الاساس ملكا لصاحب السفل أو مشتركا كما تقدم بيانه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طلبا قسمته طولا أو عرضا جاز ﴾ أي لو طلب كل من الشريكين في الجدار قسمته طولا أو عرضا جاز وبه صرح في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه حيث قال جاز قطعا وتأمل في قسمته عرضا في التحرير والقسمة تحصل بنشر الحائط وبالعلامة ووجه الجواز فيهما بالنحوين أن لهما هدمه كله اذا تراضيا عليه فاذا تراضيا على قسمته على وجه مخصوص جاز لهما ذلك بالاولى ولا أثر لحصول النقص بالنشر لو اختاراه ووجه ما في التحرير ما قاله فيه قال لو اتفقا على قسمته عرضا احتمل جوازه لانحصار الحق فيهما وعدمه لعدم تميز نصيب احدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون صاحبه فانه لو وضع خشبة على احد جانبيه كان ثقله على الحائط اجمع ومعناه ان وضع خشبه على نصيبه موجب لتعدي الثقل والتحامل الى الآخر وفيه انهما اذا تراضيا على ذلك فلا مانع نعم ذلك يجدي فيما اذا طلب احدهما القسمة كذلك وامتنع الآخر فانه لا يجبر لذلك كما يأتي والمراد بطول الحائط امتداده من زاوية من البيت الى الزاوية الاخرى أو من حدّ من ارض البيت الى حدّ آخر من ارضه وليس المراد ارتفاعه عن الارض فان ذلك عمقه وبعرضه هو سطحه الذي يوضع عليه الجذوع والمراد بالقسمه طولا هي القسمة في كل الطول ونصف العرض وهذه صورتها ▭ وبقسمته عرضا هي القسمة في نفس الطول وكل العرض وهـذه صورتها ◫ فلو كان طوله عشرا وعرضه ذراعين واقتسما في كل الطول ونصف

ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف الطول وكل العرض (متن)

العرض ليصير لكل واحد ذراع في طول عشر جار وكذا لو اقتسماه في كل العرض ونصف الطول ليصير لكل واحد منهما طول خمسة في عرض ذراعين و يأتي الكلام في القرعة وهذا الذي حكيناه في القسمين هو المذكور في التذكرة والدروس وجامع المقاصد و يأتي عن المبسوط عكس ذلك فسمى قسمة الطول قسمة العرض و بالعكس وكلام التحرير في قسمة عرصة الحائط يوافق اصطلاح المبسوط ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجبر احدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول ونصف العرض وكذا في نصف الطول وكل العرض ﴾ كما في التحرير وجزم في التذكرة بعدم الاجبار في الاول وقال في الثاني ان انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع اجبر عليها وان تضرر الممتنع لم يجبر ومقتضى كلام الدروس الاجبار ايضاً على القسمة مع انتفاء الضرر في الثاني وقد نفى عنه البعد في جامع المقاصد ووصله في عبارة الكتاب بقوله وكذا لعله يشعر بانه اضعف في الحكم من الاول ولا ترجيح في المبسوط لانه قال في الناس من قال لا يجوز الاجبار على قسمة الحائط طولا وعرضا وفي الناس من قال يقسم طول الحائط ولا يقسم عرصه على حال لان قسمته لا تتصور ووجه عدم الاجبار في الاول انه لو اجبرناهما على هذا ... لا يخلص عن القرعة في ... لان المفروض ... والاخذ ... ولا تراضي ... للقسمة ولا نظير له في الشرع والقرعة ربما وقعت لاحدهما على الشق الذي يلي لا آخر فلا يتمكن من الانتفاع بما وقع له ولعدم امكان فصل كل سهم عن الآخر لانه ان اكتفى بالعلامة اعني حد ما بين السهمين كان بناء احدهما على نصيبه موجبا لتعدي الثقل والتحامل الى الآخر وان كان ... نصف الجدار ... ووجه العدم في الثاني انه لو فصل بالعلامة لزم تعدي الثقل الى الآخر وان ... لزم ... شيء من الجدار ولا اجبار مع الاضرار لكن هذا الا ... لا ... قسمة الثوب ... والقرعة التي هي معيار القسمة ... الاول ووجه ما حكاه في المبسوط من انه لا تتصور قسمته انا وجدناه اصطلح فيه على تسمية قسمة العرض قسمة الطول و بالعكس ... وحينئذ ... ما حكاه من انه لا يتصور قسمته (اذا تقرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب ومعناها ... ما قلنا انهما لو طلبا القسمة طولا أو عرضاً وتراضيا عليها فلا كلام في الجواز ولو طلب احدهما القسمة ... الآخر ... كل الطول ونصف العرض أو بالعكس ... الآخر ... احدهما لا ... في العبارة ولا ... وان كان ... أو اضرار ... الا من الاستمرار وقد حكى في جامع المقاصد عن التهذيب انه اورد في بعض حواشيه أن القسمة طولا وعرضا هي القسمة في كل الطول ونصف العرض وفي نصف الطول وكل العرض ... التكرار ... باختلاف الحكم ... فان الاول يعطي الجواز والثاني يعطي عدم الاجبار فالفرق بينهما ... ما بين العام والخاص ... جامع المقاصد) أن السؤال والجواب ... والموجود ... من الحواشي ... عن الفخر ... انه قال لا فرق بين قولنا طولا و بين كل الطول ونصف العرض وكذا الآخر ثم حكى عن ... أنه ... لم ... وقال يمكن أن يراد بالاول قسمة رأس الحائط طولا وعرضا مع بقاء باقيه مشتركا فانهما يصدقان عليه مع عدم صدق كل

وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه ولو تعاونا على اعادة المشترك أو اعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة (متن)

الطول وكل العرض فانهما لا يصدقان الا مع الانتهاء الى الارض وقد نبه في المبسوط على قريب من هذا في قوله بقسمة عرصة الحائط ويمكن حمله على هذه العرصة التي ذكرها في المبسوط وجعلها مقدمة على قسمة الحائط وصرح في التحرير بقسمة العرصة انتهى (قلت) الموجود في المبسوط لا يناسب شيئا مما ذكره قال في (المبسوط) اذا انهدم الحائط المشترك واراد احدهما أن يقاسم صاحبه عرصة الحائط فان اتفقا على ذلك جاز لهما أن يقتسماها كيف شاآ ان أراد أحدهما وامتنع الآخر نظر فان أراد قسمة الطول أجبر الممتنع منهما على ذلك وقسمة الطول ان تقدر العرصة ويخط في عرصتها خيطا يفصل بين الحقين فاذا فعل ذلك أقرع بينهما فأيهما خرجت عليه القرعة أخذه وبنى عليه بناء يختص به فأما اذا اختار أحدهما قسمة عرضه قيل فيه قولان (أحدهما) لا يجبر عليه لان القرعة لا تدخلها (والثاني) وهو الصحيح انه يجبر عليه لانها قسمة ليس فيها اضرار الى أن قال ومثال قسمة العرض أن يخط خطا في طول العرصة فاذا كان مقدار العرض مثلا ذراعا جعل مما يلي ملك كل واحد منهما نصف ذراع انتهى فقد فرضها في المبسوط في المنهدم ولا يخفى عليك ان اصطلاحه في الطول والعرض عكس ما يذاه وعليه يحمل ما حكيناه في قسمة الحائط وقال في (التحرير) لو كان بينهما عرصة جدار فاتفقا على قسمتها جاز طولا وعرضا ولو اختلفا فطلب أحدهما القسمة طولا والآخر عرضا أجبر الممتنع على ما لا ضرر فيه ولو كان فيهما ضرر لم تجز القسمة ولو طلب أحدهما القسمة عرضا ولا يفي العرض بحائطين لم يجبر الممتنع وان وفى بهما احتمل الاجبار لانتفاء الضرر وعدمه لانتفاء القرعة اذ ... بما يحصل لكل منهما ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به ولو أجبرناه لاجبرناه على ما يليه من غير قرعة ولا مثل له في الشرع وهذا يوافق ما في المبسوط من الاصطلاح في التسمية ولا ينفع الشهيد فيما ذكره في توجيه العبارة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وتصح القرعة في الثانية دون الاولى بل يختص كل وجه بصاحبه ﴾ قد ظهر الوجه في ذلك مما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تعاونا على اعادة المشترك أو أعاده أحدهما بالآلة المشتركة فهو على الشركة ﴾ كما صرح بالامرين في التذكرة من غير نقل خلاف حتى من العامة وقال لو شرطا مع التعاون على الاعادة والشركة في بنائه زيادة لاحدهما فالاقوى عندي الجواز عملا بالشرط وبه جزم في التحرير قال لو كان الحائط نصفين فاتفقا على بنائه على الثلث جاز (قلت) ولعله لا بد في ذلك من مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الارض بناء على أن الصلح أصل وان كان بغير عوض اذ المراد من الشرط في التذكرة والاتفاق في التحرير انهما اصطلحا على ذلك ووجه العدم انه شرط عوض من غير معوض لانهما تساويان عملا وجدارا وعرصة وانقاضا فيكون قد استوهب سدس حصة شريكه وهبة ما لم يوجد لا تجوز وهو خيرة الشيخ في المبسوط وهو بناء على انه فرع الهبة وقد يجعل المانع عدم وجود التركيب الذي هو جزء صوري من الحائط وعدم امكان ضبطه وفيه ضعف والا لما جاز الاستئجار على البناء المقدر بالعمل وهذا لا ينافي ما سلف لنا من أنه لا يجوز الصلح على ما سيبينه بما سيبيه الآخر ويمكن أن نقول في تصحيح ما نحن فيه بالصلح بأن الشارط على نفسه قد تبرع بما يخص شريكه من عمله والشارط لنفسه غير متبرع فيشترط له في مقابله قدرا من الملك وانه اشترط سدس النقض له في الحال لا من الجدار بعد البناء لانه تعليق ملك في عين وهو ممتنع لامتناع الاجل

ولو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له المنع ولو أعاده بآلة من عنده فله ذلك ولا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو ضرب وتد لو انفرد أحد الشريكين بالانفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء ولا على المالك اصلاح القناة لو خربت بغير سببه ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفل وان كان مشتركا ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة (متن)

في الملك فيصح الصلح حينئذ بلا اشكال ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة مشتركة وشرط لنفسه الاكثر من الآلات والنقض صح قطعا كما في الدروس و يجري مجرى الاستئجار على الطحن بجزء من الدقيق وعلى الارتضاع بجزء من الرقيق وعلى هذا يملك الاكثر من الحائط مبنيا ولو انفرد أحدهما بالعمل والآلة بشرط أن يكون له الثلثان من الجدار فقد جمع بين البيع والاجارة لانه قد قابل ثلث الآلة المملوكة ونصف عمله بسدس العرصة المملوكة ويشترط في صحة ذلك العلم بالآلات و بصفات الجدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان له المنع ﴾ وجهه واضح وبه صرح في التذكرة وفي (التحرير) انه ليس له منعه فان بناه بالانقاض فهو كما كان وان بناه بآلة من عنده لم يكن لصاحب السفل الانتفاع به من طرح الخشب ورسم الوتد وله السكنى في السفل انتهى وقد تقدم الكلام في مثل ذلك هذا وقال في (المبسوط) ليس لصاحب السفل مطالبة صاحب العلو بالبناء بلا خلاف (قلت) وليس لصاحب العلو مطالبة صاحب السفل بالبناء الا أن يكون ذلك لازما بعقد والنقض بالكسر المنقوض وهو آلات البناء ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو اعاده بآلة من عنده فله ذلك ﴾ كما في التذكرة وقد سمعت ما في التحرير وقال في (جامع المقاصد) انه ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا لم يكن الاساس للآخر ولا مشتركا بينهما والا لم يجز بدون الاذن (قلت) قد تقدم بيان وجه الاطلاق في مثل ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يمنع صاحب السفل من الانتفاع بسفله لكن يمنع من الانتفاع بفتح كوة أو ضرب وتد ﴾ ونحو ذلك من التصرف المضعف للجدار لانه اضرار بصاحب العلو في أمر مستحق له كما نبه عليه في التحرير وغيره ﴿ قوله ﴾ ﴿ او انفرد أحد الشريكين بالانفاق على البئر والقناة لم يكن له منع الآخر من الانتفاع بالماء ﴾ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير لان الماء ينبع من ملكهما المشترك وليس للمنفق عين مال وانما له أثر نقل الطين عنه الا أن يكون الحبل والدلو والبكرة له فيكون له منعه من الاستقاء بهذه الآلات فاذا استأنف الشريك لنفسه آلة لم يكن له منعه من الاستقاء ومنه يعلم الحال فيما لو بناه بآلة من عنده ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يجب على مستحق اجراء الماء في ملك غيره مشاركة المالك في عمارة سقف المجرى وان خرب من الماء ولا على المالك اصلاح القناة لو خربت بغير سببه ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد في الامرين ولم ينص في الدروس الا على الاول لانه لا يجب عليه أن يسقف المجرى فلا يجب عليه عمارته لو خرب بسبب الماء لانه حصل لسبب مستحق ولان استحقاق الاجراء لا يقتضي استحقاق عمارة المجرى في الثاني ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويجوز لصاحب العلو الجلوس على السقف الحائل بينه وبين السفل وان كان مشتركا ووضع ما جرت العادة بوضعه للضرورة

ولصاحب السفل الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴿فروع﴾ اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الابقاء نظر (الثاني) لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم الاستحقاق (متن)

ولصاحب السفل الاستكان وتعليق ما لا يتأثر به السقف المشترك كالثوب أما ضرب الوتد في السقف فلا ﴾ السقف المشترك يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه ووضع الاثقال عليه على المعتاد ولصاحب السفل الاستظلال والاستكان به لانا لولم نجوز ذلك لزم الضرر العظيم وتعطيل المنافع وقد قرب في التذكرة انه ليس لصاحب السفل تعليق الامتعة فيه سواء كان له ثقل يتأثر به السقف أولا كالثوب ونحوه ومختاره هنا خيرة الدروس (وفي جامع المقاصد) انه قريب لجريان العادة بذلك نعم لا يجوز ضرب الوتد قطعاً ولو اختص به فله التصرف في ملكه كيف شاء ﴿قوله﴾ ﴿ فروع اذا استحق وضع خشبة على حائط فسقطت أو وقع الحائط استحق بعد عوده الوضع بخلاف الاعارة ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير والفرق ان الاعارة اذن في الوضع فلا تقتضي التكرار مالم يصرح به وبعد انقضاء المأذون فيه لا يبقى استحقاق أما اذا كان الوضع مستحقاً بعقد لازم الى أمد معين فانه يقتضي استحقاق الاعادة فالمعلم ببقاء الاستحقاق بعد السقوط بل يجبر على بناء الجدار والخصوصية غير ملحوظة ﴿قوله﴾ ﴿ ولو خيف على الحائط السقوط ففي جواز الابقاء نظر ﴾ ونحوه ما في الايضاح والحواشي من عدم الترجيح وفي (التذكرة) ان الاقوى تحريم الابقاء لما فيه من الضرر العظيم وفي (جامع المقاصد) ان الاصح جوازه لأن الازالة ضرر والضرر لا يزال بالضرر مضافاً الى أن له حق البقاء فيستصحب (وقد يقال) ان الضرر العظيم يزال بالضرر الاقل وفي البقاء ضرر عليهما فيكون مضاراً أي قاصداً للضرر وقد تقرر انه يمنع ولا فرق في ذلك بين استحقاق الوضع والاعارة مالم يبذل الارش في الاعارة فتجب الازالة حينئذ ﴿قوله﴾ ﴿ الثاني لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى مائه في ملك غيره ولم يعلم سببه فالاقرب تقديم قول مالك الارض والجدار في عدم الاستحقاق ﴾ كأن المسئلة غير محررة في الكتاب والتذكرة بل في جامع المقاصد لانهما اما أن لا يعلما على أي وجه وضع ذلك أو يدعي صاحب البناء والخشبة الاستحقاق بصلح ونحوه ويدعي الآخر العارية أو يدعي الاول انه بحق والآخر انه عدوان فان كان الاول ففي (المبسوط) انهما اذا ملكا دارين ورأيا الخشب على الحائط ولا يعلمان على أي وجه وضع ثم انهدم السقف فانه ليس لصاحب الحائط أن يمنعه من رده لانه يجوز أن يكون قد وضع بعوض فلا يجوز الرجوع به بحال بلا خلاف وهو خيرة الدروس وفي (التحرير) في استحقاق الاستمرار نظر والمخالف المحقق الثاني في جامع المقاصد وقد رمى قول الشيخ بالضعف مع انه نفى الخلاف فيه وظاهره بين المسلمين ولعله لان الاستحقاق يتوقف على أمور كثيرة والاصل عدمه وعدمها الا أن يقال ان الظاهر ظاهر يد فتنقطع الاصول وان كان الثاني وعليه تنزل عبارة الكتاب والتذكرة لانهما في الفرض سواء والا فمن لا يعلم سبب كون بنائه في ملك الغير ما دام لا يعلم الاستحقاق لا يدعيه فلا يتصور منه ولا من الآخر الذي هو مثله اليمين

لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق ﴿ الفصل الثالث في التنازع ﴾ لو صالح المتشبث المصدق لاحد المدعيين بسبب يوجب التشريك كالارث على شيء شاركه الآخر ان كان باذنه والاصح في الربع ولا شركة (متن)

عليه فقد قرب المصنف هنا وولده في الايضاح وجامع المقاصد وكذا الشهيد في الحواشي تقديم قول مالك الارض لاصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ولان اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع والوضع أعم من الاستحقاق وأقصاه أن يكون بحق وهو أعم من العارية التي يجوز الرجوع فيها وظاهر الشيخ ان على مدعي العارية البينة واليمين على الآخر ولعله لمكان الظاهر كما عرفت آنفا ولا ترجيح في التحرير والتذكرة والدروس وفسر العبارة في جامع المقاصد بالمعنى الاول ثم اعترض عليها على المعنى الثاني ولعله لقوله ولم يعلم سببه وقد يقرأ يعلم بالبناء للمجهول وان كان الثالث فالقول قول صاحب البناء للاصل في فعل المسلم معتضد بالظاهر ومثل البناء والخشبة والمجرى الميراب يقذف في ملك غيره والمجاز فيه ﴿ قوله ﴾ ﴿ لا يجوز بيع حق الهواء ولا مسيل الماء ولا الاستطراق ﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد وظاهر الاول الاجماع عليه لان موضع البيع الاعيان والمخالف الشافعية حيث ألحقوا الحقوق المتعلقة بالاعيان (بالاعيان خ) (١) ويصح الصلح على الحقوق المذكورة بشرط التعيين كما صرح به هؤلاء وكذا الشيخ في المبسوط والشهيدان في اللمعة والروضة في الصلح على اجراء الماء والتعيين فيه يحصل بتقدير المجرى طولا وعرضا أي الممر فيه الماء لترتفع الجهالة ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره الى تخوم الارض كما صرح بذلك كله جماعة وينبغي مشاهدة الماء لاختلاف الحال بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف بكبر ما يقع عليه وصغره فمعرفته تعرف بمعرفة محله ويأتي تمام الكلام في محله ﴿ الفصل الثالث في التنازع ﴾ ﴿ قوله ﴾ لو صالح المتشبث المصدق لاحد المدعيين بسبب يوجب التشريك كالارث على شيء شاركه الآخر ان كان باذنه والاصح في الربع ولا شركة ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه المشهور وكأنه أشار بذلك الى ما سمعه عن المسالك والا فلا خلاف في ذلك ولا فرق بين ان يقولا ورثناها وقبضناها ثم غصبها منا وعدمه كما قرب به في التذكرة وجزم به في أول كلامه في جامع المقاصد لان سبب التشريك موجود وحكى في الأول عن بعض العامة انه لا يشاركه لان التركة اذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضا لحقه وانقطع حقه عما في يد الآخر ولهذا يجوز ان يطرأ الغصب على نصيب أحدهما خاصة بان تزال يده فالمغصوب لا يكون مشتركا بينهما وحاصل ما اراد المصنف والجماعة ان المدعيين اتفقا على كون سبب ملكهما مقتضيا للشركة فاقرار المتشبث لاحدهما مقتض لتشاركهما فيما أقر به وان لم يصدقهما على السبب الذي ادعيا به لانهما متفقان على ان البعض كالكل يستوي ملكهما فيه فيمتنع استحقاق المقر له النصف دون الآخر كما ان الثالث يكون ذاهبا عليهما واشتراكهما في المقر به ثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الاقرار فلا يؤثر فيه تخصيص المقر أحدهما بالملك وحينئذ فاذا صالح المقر له المتشبث على النصف المقر به فان كان الصلح باذن شريكه

---

(١) وجد في نسختين غير مكررة والظاهر التكرير (مصححه)

أو اجازته بعده صح في جميعه بجميع العوض والا ففي ربع المقر له بنصف ما صولح عليه ويبطل في ربع شريكه ويأتي الكلام في اشتراكهما في المقر به وتردد من تردد في ذلك أو مثله وفي (المسالك) ما حاصله ان هذا لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل يقولون بأنه مخصوص بنصف البائع والمصالح بل انما ينزل على ذلك الاقرار فلو أقر بالنصف للغير يكون اقرار بربعه وربع شريكه ووجهه ان البائع انما يبيع مال نفسه ولا يصح بيع مال الغير الا فضولا أو وكالة وكل منهما غير المتبادر المتعارف فينصرف الى ماله بخلاف الاقرار فانه كالشهادة بانه لفلان وهو قد يكون في ماله وقد يكون في غير ماله فينبغي ان يكون المصالح عليه انما هو نصف المقر له فيكون العوض كله له هذا اذا قال له صالحتك على النصف مطلقا للفظ أو على نصفي وأما اذا قال له صالحتك على النصف الذي أقررت به كان منزلاً على الاشاعة لانه تابع للاقرار المنزل على ذلك فيكون قول المصنف والجماعة متجها ويمكن تنزيله على ذلك لئلا ينافي ماذكروه من القاعدة قال وهذا توجيه حسن لم ينبه عليه احد نعم قال الشهيد في بعض تحقيقاته يحتمل انصراف الصلح الى حصة المقر له ويكون العوض كله له وتبعه الشيخ علي رحمه الله واطلقوا انتهى حاصل كلامه وفيه نظر من وجوه (الاول) ان هذه القاعدة في البيع والاقرار ليست مسلمة عند الكل أما البيع فقد تقدم في بابه أنه لو باع مالك النصف النصف أنه يحتمل الحمل على الاشاعة كما في نهاية الاحكام والكتاب والايضاح وغيرها ووجهوه بأن البيع صالح لملكه وملك غيره ولهذا يقبل التقييد بكل منهما ولفظ النصف اذا أطلق يحمل على الاشاعة ولم يجعل الشارع صحة التصرف قرينه في المجازات والمشتركات مضافا الى ما حكاه هو عن الشهيد والشيخ علي رحمهما الله تعالى (واما الاقرار) ففي التحرير ان الاقرب انه لو قال بعت نصفه او اقر بنصفه التخصيص بنصيبه نعم ظاهر بيع الكتاب ونهاية الاحكام والايضاح الاجماع على التنزيل على الاشاعة (وعساك تقول) كيف يدعى الاجماع على ذلك وقد أطبقوا في باب الاقرار والميراث انه اذا اقر بمشارك في الارث ولم يصدقه باقي الورثة انه يدفع اليه ما فضل في يده عن ميراثه وانه لا ينزل على الاشاعة (لانا نقول) الاشاعة اشاعتان اشاعة بالنسبة الى النصيبين واشاعة للاجزاء في الاجزاء فالأولى يقابلها تنزيل الاقرار على نصيبه فقط كما اذا باع مالك النصف النصف فانه ينزل في المشهور على نصيبه فقط والثانية ثابتة في كل مال مشترك وملاحظتها تقضي بأن انكار المنكر بمنزلة الاتلاف كما سيتضح لديك فيما يأتي فالمنفية في الاقرار والميراث الاشاعة الثانية قالوا لو أقرت بولد للزوج المتوفى وكذبها الاخوة دفعت اليه ما بيدها زائدا عن نصيبها وهو الثمن ولا تدفع اليها سبعة أثمان ما في يدها تنزيلا للاقرار على الاشاعة فيستحق في كل شيء سبعة أثمانه والمراد بالاشاعة في الاقرار هنا وفي باب البيع الاشاعة بالنسبة الى النصيبين بل دفعها ما في يدها زائدا عن نصيبها في المثال من باب تنزيل الاقرار على الاشاعة بالنسبة الى النصيبين فليلحظ ذلك فانه نافع دقيق وربما خفي على الاجلاء وتمام الكلام في باب الاقرار فانا قد اسبغناه هناك (الثاني) ان المحقق الثاني قد نبه على ذلك فانه بعد ان فسر كلام المصنف وفرق بين السبب الواحد الموجب للتشريك والسبب المتغاير بان الصلح يصح في حصة المصالح أجمع ولا شركة للآخر معه كما سيأتي في الثاني وان الآخر يشاركه في الأول كما عرفت قال ولقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة لأن الصلح انما هو على استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الأرث صح ولم

ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته أجمع ولا شركة (متن)

يتوقف على رضا الباقين وفي ذلك كال التنبيه على ما اعترض به في المسالك مضافا الى ماذكره في تمام كلامه كما ستسمعه انشاء الله تعالى وفي هذا بلاغ أقصاه انه ماوجه التوجيه الذي نزل هو عليه كلام الاصحاب ثم ان كلام الشهيدين والمحقق الثاني غير جيد قطعاً لان كلام الاصحاب في المقام صريح في ان الصلح على ذلك النصف الذي اقر له به كما هو نص كلام المبسوط وفي(الشرائع) أنه صالحه على ذلك النصف ونحوها الارشاد وفي (التحرير)صالحه عما أقر له به وفي(شرح الارشاد) صالحه على مجموع هذا النصف فلا مجال لاحتمال الشهيد في كلام القوم ولا لكلام المحقق الثاني ولا تفصيله في المسالك بالالفاظ الثلاثة وتوجيه كلام القوم بذلك لانه نص صريح لايحتاج الى توجيه على انه ماثبت له في ظاهر الشرع وعند المقر الا ذلك ولا صالحه الا عليه فينصرف الصلح اليه وان كان مطلقاً أومقيدا بنصفي لانه هو الذي له والا لما رضي المقر بالصلح والا فلو صرح له بانه انما يصالحه على نصفه الذي له في نفس الأمر والواقع من غير أشاعة متعلقة بربع صاحبه ورضي المقر به لزمه الاقرار بثلاثة ارباع الدار نصف للمصالح وربع لشريكه كما هو واضح والحال انه منكر للنصف الآخر فالحكم في عباراتهم كما قالوه سواء قال صالحتك على النصف المقر به كما هو صريح من عرفت او نصفي او اطلق والاخيران ينصرفان الى الاول والا لما صح الصلح لعدم رضى المقر فلو قال انما قصدت مالي من غير اشاعة لا يسمع قوله لان للمقر ان يقول ما اشتريت الا ما اقررت به وهذا موجه مسموع على انهم رضي الله عنهم كفونا مؤنة ذلك وعبارة الكتاب تحمل على ذلك على ان اعتراض المسالك على عبارة الشرائع وقد سمعتها ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو تغاير السبب صح الصلح في حصته اجمع ولا شركة ﴾ كما صرح به في المبسوط وجميع ماذكر بعده فيما اذا اتحد السبب والمراد تغاير السبب ان يكون سبب ملك كل منهما غير سبب ملك الآخر كأن يكون احدهما مستحقاً النصف بالإرث والآخر بالشراء فلا يكون مقتضياً للتشريك وأنما تجيء الشركة من الشيوع ولا فرق في ذلك بين ان يصرحا بذلك ام لا والحاصل أنهما لم يصرحا بما يقتضي الشركة المشاعة لعدم الدليل وثبوت ملك احدهما لا يستلزم ثبوت ذلك للآخر نعم ان ادعى احدهما ذلك على الآخر كانت دعوى كسائر الدعاوي وهل يكون شراؤهما معاً وأتهابهما وقبضهما معا اذا اقر به المصدق من المدعيين كالارث ام يلحق بالسببين المتغايرين صرح في المبسوط والتحرير ونهج البرهان والكفاية بالالحاق في الاول أعني الشراء وقرب في التذكرة وجامع المقاصد الالحاق في الامرين أعني الشراء والاتهاب واحتمل فيهما العدم لان البيع لاثنين بمنزلة صفقتين ولم يرجح في المسالك هذا وفي (جامع المقاصد) أن لقائل أن يقول لافرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة لان الصلح انما هو استحقاق المقر وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر كما تقدم نقله ورده وقال قد سبق في البيع فيما اذا قال النصف لك والنصف الآخر لي ولشريكي ما ينافي الاطلاق هاهنا حيث انه حكم بالتشريك فيهما في الحاصل بالتالف وفي أحكام التنازع في الرهن تردد في التشريك وعدمه (قلت) انه أراد كما هو صريح كلامه انه تقدم له في ذلك ان الربع التالف بسبب تكذيب الشريك يكون من المقرر والمقر له والحاصل لهما من دون فرق بين اتحاد السبب وتغايره حيث لم يتعرض له وبيانه انه اذا أقر له بالنصف الذي هو ستة من اثنى عشر

وان النصف الآخر له ولشريكه وكذبه الشريك كان متعلق الاقرار أمراً كليا في يد كل واحد من الشريكين فلما رد الشريك أقراره كان الرد نافذا في الربع الذي هو نصف مافي يده فصارهذا الربع تالفا ولا شبهة في ان العين المشتركة اذا تلف بعضها انما يتلف من الشريكين على قدر استحقاقهما وقد انحصرت الشركة بين المقر والمقر له لأن الأول رد وانكر فلا شركة معه فكان التالف من المقر والمقر له موزعاً على نسبة استحقاقهما فكان للمقر اثنان والتالف منه واحد وللمقر له أربعة والتالف منه اثنان ولم يفرق في العين بين كون سبب الشركة فيها متحداً أو متغايراً وقضية كلامه هنا التفصيل بانه ان كان سبب الملك موجباً للتشريك ككون المقر به مستحقا لهم بالارث كان انكار الشريك بمنزلة تلف الربع ووجب كونه منهما لانه لما أقرله بنصف كان متعلق الاقرار أمراً كليافي يد كل واحد من الشريكين فلما ردالشريك أقراره كان الرد نافذافي الربع فصارتالفاويمتنع تلف الأمر الكلي اذ التالف انما يتحقق في نفس الامر والواقع بحيث يترتب عليه مقتضاه للأمر المتعين المشخص وان كان سبب الملك لا يقتضي التشريك لم يكن رد المنكر بمنزلة التلف فيكون الثالث بمقتضى الاقرار نصف مافي يد المقر لاغير لان له بمقتضى الاقرار ربع ما في يد كل من الشريكين كما لو صرح فقال لك نصف مافي يدي ونصف مافي يد شريكي والحاصل ان الانكار لايلحق بالتلف الا فيما اذا كان سبب الملك متحداً موجباً للتشريك وأما ماعداه فلا دليل عليه فيكون كلام المصنف هناك منزلا على ماهنا لكن كلامهم في باب الاقرار والميراث يقضي بأن الانكار من الوارث وغيره اتحد السبب أو تغاير لايلحق بالتلف كما سمعته آنفا في مثال اقرار الزوجة بولد الا أن يحمل كلامهم في البابين على ما اذا كان بعد قبض الوارث واستقرار الملك كما يأتي للمحقق الثاني فيما حققه بقوله والذي يقتضيه الى آخره كما سمعته وبالجملة كلامهم غير محرر فتدبر وأما ماأشار اليه من استشكاله في باب الرهن فهو قوله ولو ادعيا على واحد رهن عبده عندهما فصدق أحدهما خاصة فنصفه مرهون عند المصدق فلو شهد للآخر فاشكال ينشأ من تشارك الشريكين المدعيين حقا فيما يصدق الغريم أحدهما عليه أولا فان قلنا بالتشريك لم تقبل والا قبلت وقد اختار هناك ولده التشريك وعدم قبول الشهادة لانه يدفع بشهادته مزاحمته وفصل في (التذكرة والحواشي) التفصيل المذكور هنا وهو انه ان كان سبب الملك موجبا للتشريك ككون الدين المرهون به العبد مستحقا لهما بالارث أو نحوه شارك ولم تقبل شهادته والافلا وقال في (جامع المقاصد) فيما نحن فيه والذي يقتضيه النظرأن الحكم في مسئلة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الوارث (الورثة خل) والتالف لايحتسب عليهم وكأنه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم والظاهر انه لاخلاف في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم فلا دليل على الحاق تعذرالوصول الى حق بعضهم بالانكار مع عدم البينة ونحوها بتلف البعض في هذا الحكم فالاصل عدمه فيبغي التوقف فيه فليلحظ الحكم المذكور في البيع (قلت) قد لحظناه وتحريره مااقتضاه نظره ولعله به يحصل الجمع بين كلماتهم في الابواب الاربعة وان كان ظاهرهم في باب البيع والاقرار عدم الفرق بين ما كان قبل القبض وبعده وقضيته في البيع ان التالف منهما مطلقا وفي الاقرار ان التلف من المقر له مطلقا وقدأورد على هذا الفرق في المسالك ايرادا لاوجه له مبنيا على ماسلف له من ان الصلح انما وقع على حقه فيختص به سواء كان قبل القبض أو بعده وينقدح مما ذكرناه في المقام اشكال فيما اذا كان الدين على الميت ألفا وكان التركة الفين

ويعطي مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ومدعي أحدهما الباقي (متن)

وعصى أحد الولدين مثلا بالالف التي في يده فهل ينحصر الدين فيما في يد المطيع أولا احتمالان أشبههما العدم فتأمل ولو كان المشترك دينا فأقر لبعض وأنكر بعضا ففي الشركة قبل القبض لا بحث وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما والتالف عليهما وعدمه ويبتني عليه ما لو صالح عليه بعد قبضه ﴿قوله﴾ (ويعطى مدعي الدرهمين أحدهما ونصف الآخر ومدعي أحدهما الباقي) كما في النهاية والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والدروس والحواشي واللمعة والتنقيح والتذكرة وايضاح النافع وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية ومجمع البرهان وفي الاخير انه مجمع عليه وفي الستة الاخيرة كما هو المحكي عن ابن المتوج انه لا بد من اليمين قال في (التذكرة) الاقرب انه لا بد من اليمين فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضى به للآخر ولو نكلا أو حلفا معاقسم بينهما الى آخره وفي (مجمع البرهان) كأن الاولين مجمع عليهما والظاهر ان الحلف انما هو مع طلب صاحبه وعلى عدم استحقاق صاحبه في المدعى لا على استحقاقه كما هو ظاهر والظاهر أن اطلاقات النص كما ستسمعه والفتوى مقيدة بذلك وبعدم البينة أو بما اذا كانت لهما بينة من غير رجحان والاطلاق فيهما مبني على الظاهر المعلوم والقواعد المقررة والاولى الايجاب في الرمان أن لا يأذن في ذلك وقوله في الدروس لم يذكر الاصحاب في هذه يمينا فلعله أراد الاكثر أو انه غفل عن التذكرة أولم تتافر بما فيها والاصل في ذلك الرواية المشهورة كما في (الدروس والتنقيح) وهي مرسلة محمد بن أبي حمزة عن الصادق عليه السلام في رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لي وقال الآخر بيني وبينك فقال عليه السلام قد أقر ان أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وانه لصاحبه وأما الآخر فبينهما ومثلها مرسلة عبد الله بن المغيرة عن غير واحد وهذا يدل على استفاضته عندهم وفيها التصريح أنه يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين ولا يضر الارسال لأنه مجمع عليه كما في مجمع البرهان وهو كذلك سا نا اكن في حمل المشهورة أكل ملاح على انه عند جماعة ان تقدم صاحب الاجماع كاف في الصحة وهو غير صحيح وهما مقيدان بالقيود المتقدمة كما تقدم وفي (الدروس) انه يشكل ذلك اذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا كل مشاع انتهى وقواه صاحب التنقيح وقال في (ايضاح النافع) لا أرى له وجها حسنا وأمل فيه في قضاء الروضة في آخر كلامه وفي (قواعد الاحكام والتحرير والدروس واللمعة) انه لو كانت في أيديهما عين وادعاها أحدهما وادعى الآخر منها نصفها ولا بينة فهي بينهما بالسوية واكن على مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على صاحبه وصرحوا في آخر كلامهم ان ذلك اذا كان النصف مشاعا وقد انتهض في الروضة للفرق بين المشاع وغيره بأن كل جزء من العين على تقدير الاشاعة يدعي كل منهما تعلق حقه به ولا ترجيح فكانت نسبته الى الجميع على السواء (وفيه) ان كل جزء وان يكون عند الاشاعة متنازعا فمدعي الكل بلا كلام والنزاع في نصفه الآخر أي نصف فرض فاسس نسبتهما الى الكل على السواء حتى يقسم الكل بل الى النصف فلا وجه لاختصاص أحدهما بالحلف لان المرض اشاعة التصرف فالنظر يقتضي في هذا المقدار أيضاً التحالف وقسمة النصف كما في ما نحن فيه أعني صورة التعيين وكلامهم في رد قول أبي علي يؤيد ذلك، كما أوضحنا ذلك في قضاء الكتاب فليرجع اليه

وكذا لو استودع من أثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء (متن)

من أراده ثم ان ماذكر في توجيه الحلف ان تم فانما يصحح القسمة لا الحلف من الثاني خاصة وتوجيهه أن يدهما على العين سواء فيد كل منهما نصفه مشاعاً والثاني أقر بنصف المشاع من الجميع فخرج نصف الجميع بذلك عن الاشاعة والمفروض أن يد الاول على النصف كذلك بدون منازع والنصف الآخر في يد الثاني يدعيه الاول وينكره الثاني فاليمين عليه وهو يقتضي القسمة انصافاً بعد حلف الثاني للاول كما في كل موضع وجد الداخل والخارج ففارقت الاولى لان الثاني في الاولى بدعواه الواحد المفروز اعترف للثاني بالآخر من دون نزاع وبقي في يديهما درهم واحد ولا ترجيح لاحدهما فيه فيقسم نصفين (وفيه) ان الاشاعة لا تقتضي انصراف النصف المقر به الى النصف الذي في يد الاول لعدم التعيين في الشيوع بل اللازم منه عدمه فقولك ان الثاني في النصف المتنازع فيه داخل والاول خارج ممنوع بل كل منهما فيه داخل وخارج ويد الثاني كيد الاول على المتنازع فيه وغيره سواء فمحل القسمة النصف بعد التحالف كالاولى وكأن كلام شيخنا صاحب الرياض غير محرر (والحاصل) ان اطلاق الاصحاب في المقام والاخبار يشمل صورتي دعوى الثاني للدرهم على الاشاعة أو على التعيين والمصرح بالفرق في باب القضاء هو من عرفته وهو المصنف والشهيد لتوجيه لم يتضح وجهه فلا ينبغي العدول عن ذلك الى هذا ثم ان ذلك كله اذا كان الدرهمان بيدهما معاً كما عرفت دون ما اذا كان بيد أحدهما أو ثالث لخروجهما عن النص وفتوى الجماعة ويرجع فيهما الى القاعدة كما بين في محله وذكر هذه وما بعدها في باب الصلح أما لان ذلك لازم من غير يمين كما قاله بعضهم واما لمناسبة له حيث ان الصلح لا يكون الا كذلك لانه العدل فيرغبان في الصلح حذرا من الايمان ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو استودع من اثنين ثلاثة ثم تلف واحد من غير تفريط واشتبه بخلاف ممتزج الاجزاء ﴾ أي وكذا الحكم لو استودع انسان من رجل دينارين مثلا ومن آخر دينارا ثم امتزجا اما بغير تفريط منه أو باذن المالكين ثم تلف واحد بغير تفريط فانا ندفع الى صاحب الدينارين دينارا لان الآخر معترف له به والدينار الآخر يقسم بينهما نصفين وهذا هو المشهور كما في الدروس والتنقيح وايضاح النافع والمسالك والروضة والكفاية والرياض وفي (جامع المقاصد) نسبته الى الاكثر تارة والى الاصحاب أخرى وقد نسب الى الاصحاب في الدروس والمسالك والروضة ولم أجد فيه خلافاً الا من المصنف في التحرير فانه قال الاولى عندي قسمة التالف على رأس المالين فيعطى صاحب الدينارين دينارا وثلثاً وصاحب الدينار ثلثا دينار ووافقه مال الشهيدان والمحقق الثاني الى القرعة لانها مقتضى القواعد لكنهم لم يجسروا على المخالفة ودليل المشهور خبر السكوني عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما فقال يعطى صاحب الدينارين ديناراو يقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين والشهرة المعلومة والمستفيض نقلها تجبر ماهنالك من ضعف وقد قال الشهيد الثاني وصاحب الرياض يشكل هنا مع ضعف السند ان التالف غير محتمل كونه لهما بل من أحدهما خاصة لامتناع الاشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما مع انه مختص بأحدهما قطعا وقالا ان القول في اليمين كما مر من عدم تعرض الاصحاب له وقال في (الدروس) أن الاصحاب لم يذكروا يميناً هنا وفي التي قبلها

ويباع الثوبان مع الاشتباه معا ان لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وان تفاوتا فالاقل لصاحبه (متن)

وذكروها في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريا وجاز أن يكون ذلك اختياريا فان امتنعا فاليمين وفي (جامع المقاصد) أن ظاهر الرواية وكلام الاصحاب أن ذلك قهري وانه بغير يمين بل ربما امتنعت اليمين اذا صرح كل واحد بعدم العلم بعين حقه (قلت) لعل ماذكره الاصحاب انما هو عند التخاصم والتداعي كما في المسئلة الاولى فالحكم فيهما حينئذ سواء فيجيء انه لابد من اليمين وتصح قسمة الدرهم بينهما لانهما اتفقا على أن احدهما بعينه لصاحب الاثنين واختلفا في الباقي المبين اذ كل منهما يدعيه انه درهمه فيقسم بينهما واما اذا طلبا حكم الله سبحانه وتعالى عند الاشتباه عليهما وتصريح كل واحد بعدم العلم بعين حقه فالحكم القرعة وعلى هذا فلا اشكال وليس للتأمل مجال على انا نقول قد اتفقت كلمتهم في باب الشركة على الحكم بالاشاعة شرعا فيما اذا مزجا الدراهم أو الثياب أو الصوف أو الشعر ونحو ذلك مما هو قيمي وان كان غير مشاع واقعا ولذلك عرفوها بانها اجتماع اموال الملاك على سبيل الاشاعة مع أن اظهر أفرادها مزج الدراهم والاشتراك بها واحترز بقوله من غير تفريط عما لو فرط في الحفظ أو المزج فان الودعي يضمن التالف كما صرح به جماعة كالمصنف في التذكرة والمقداد والمحقق الثاني والشهيد الثاني وغيرهم فيضم اليهما ويقتسمان من غير نقص وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتجه القرعة لانه يكون على تقدير الضمان لكل واحد منهما نصف الدرهم الواحد فيكون النزاع والتعاسر في الاخذ من الضامن واخذ الباقي وأما ممتزج الاجزاء كالدهن والحنطة والشعير فاذا كان لاحدهما قفيزان مثلا وللآخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللآخر ثلثا قفيز كما صرح به في التذكر والدروس والتنقيح معاً بخلاف الدرهم لانه مختص بأحدهما ويحتمل أن يكون الحكم فيه ما تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويباع الثوبان مع الاشتباه معاً أن لم يمكن الانفراد ويقسط الثمن على القيمتين مع التعاسر فان بيعا منفردين فان تساويا في الثمن فلكل مثل صاحبه وأن تفاوتا فالاقل لصاحبه ﴾ ونحوه ما ذكره في التذكرة غير انه لم يقيد فيها بيعهما معاً بعدم امكان الانفراد ويظهر ما في الكتاب انه متى امكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع (وحاصله) انهما اذ بيعا مجتمعين حيث لا يمكن الانفراد بان يباع كل واحد وحده لعدم الراغب وتعاسرا بمعنى لم يخير احدهما صاحبه صارا كالمال المشترك شركة اجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال وعليه تنزل الرواية وأن امكن بيعهما منفردين وجب فان تساويا فلكل واحد ثمن ثوب وان اختلفا فالاكثر لصاحب الاكثر والاقل لصاحبه بناء على الغالب من عدم الغبن وان امكن خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا ويلزم على ماذكره في التذكرة ماذكره من ترجيح أحد الامرين من بيعهما معاً أو منفردين اذ الحكم مختلف فتتحد العبارتان قال في (الدروس) لكن الرواية مطلقة في البيع ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم فكانا بمثابة الشريكين وقال في (جامع المقاصد) فعلى هذا يكون مورد الرواية ما اذا تساوت القيمتان فيبقى ما اذا تفاوتا خاليا عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لا راد له وقول ابن ادريس بالقرعة وان كان له وجه الا ان مخالفة النص وكلام الاصحاب مشكل (قلت) الرواية هي مارواه المشايخ الثلاثة عن اسحاق ابن عمار عن الصادق عليه

السلام انه قال في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب فيبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه وهذا ثوبه قال يباع الثوبان ويعطى صاحب الثلاثين ثلاثة اخماس الثمن والاخر خمسي الثمن قال (قلت) فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت قال قد انصفه ويمكن عدها في الحسان اذا لوحظ السند بناء على الظنون الاجتهادية ويمكن عدها في الصحاح اذا لوحظ طريق الشيخ في الفهرست الى الحسين بن ابي العلا لان الشيخ رواه معلقاً عن الحسين بن أبي العلا وقد عمل بها الشيخ في النهاية والقاضي فيما حكي عنه والمحقق في كتابيه والمصنف في التحرير والارشاد والتبصرة والمختلف وفي (الدروس) أن عليها المعظم وفي (المسالك ومجمع البرهان) عمل بها المشهور وفي (ايضاح النافع وجامع المقاصد) نسبته الى أكثر الاصحاب وفي (التنقيح) الى الشيخ واتباعه وقد نسب العمل بها الى الاصحاب في مطاوي جامع المقاصد مرتين وفي مضاربة جامع المقاصد انه محل وفاق لان الظاهر انهما اشتريا بما يساويان وبيعا كذلك لان الظاهر عدم التغابن قيل ويكون الصلح قهرياً ولا يتعدى الى غير موردها من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة ويحتمل التعدية لتساوي الطريق كما ذكرها جماعة واستقرب الشهيد وغيره القرعة في غير مورد النص لعموم ادلتها وسلامتها مما يصلح للمعارضة وعلى ما ذكرناه في توجيه كلام القوم لا يتجه ما نبه عليه الشهيد وذكره المحقق الثاني من أن مورد الرواية ما تساوت فيه القيمتان الى آخر ما حكيناه عن جامع المقاصد لانه اذا كان موردها كذلك عند الابتياع والبيع الثاني كيف يصح القسمة اخماساً بل يجب أن تكون بالسوية وقوله في جامع المقاصد يبقى ما اذا تفاوتا خالياً عن النص فيجب العمل فيه بما ذكره المصنف اذ لا راد له فيه اذ لا وجه لوجوب البيع مجتمعين اذا تفاوتا ولم يمكن الانفراد من دون رضاهما خصوصاً مع تعلق غرضهما بالانتفاع بهما كالكسوة أو القنية والمفروض انه لا نص حتى نعمل به تعبداً كما عمل به المشهور كما انه لا وجه لبيعهما منفردين اذا امكن تساويا أو تفاوتا اذ عند التساوي يعطى لكل ثوباً فان تعاسرا اقرع وعند التفاوت فالذي يقتضيه عقد المعاش غالباً أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والآخر لصاحب العشرين (والحاصل) أن اجبارهما على البيع مجتمعين أو بيعهما منفردين اذا خرجنا عن الخبر فيه أعظم ضرر منفي بالخبر ولا يرد ذلك على الخبر لمكان اعتباره وعمل الاكثر به فنخرج به عن القواعد ونقتصر به على مورده ولا تصغ الى ما في التنقيح وايضاح النافع من الاشكالات التي أوردت على الخبر حتى اختارا حمله على امتزاج المال قبل الشراء أو على الاستحباب ولا لقوله في السرائر بناء على اصله أن استعملت القرعة في ذلك كان أولى لانها حجة ودليل عند عدم النص وقد وجد قوياً أو حسناً مشهوراً رواية وفتوى وقد وقع في المختلف في رد كلام ابن ادريس انهما اذا كانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال كما في الطعامين لو امتزجا وهذا مسلم اذا كانت الشركة في الثمن اما اذا كانت في السلعة فممنوع والالزم انه لو اشترى رجل كراً من طعام بمائة وآخر كراً بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا باختيار أو بدونه أن يقسم الثمن اثلاثاً على نسبة المالين وفي (التنقيح) أن ذلك قول باطل لم يقل به قائل ووقع في الرياض في رد كلام المصنف انه اجتهاد في مقابلة النص المعتبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة التي غايتها ايراث المظنة خاصة في نحو المسئلة التي هي من قبيل الموضوعات دون الاحكام الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليها الادلة (وفيه) انه يقول أني عامل بالنص في صورة مورده وهو بيعهما مجتمعين ولا يصح تنزيله على خلاف ذلك لعدم الفائدة فيه وعلى ما تقدم عن الشهيد والكركي

ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائه فالاقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان أعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل (متن)

يقول اني عامل به في صورة ما يظهر أو يلوح منه وهو التساوي فليس هناك اجتهاد في مقابلته والموضوعات في غير الفاظ العبادات يكتفى بها بالمظنة مطلقا كما حرر في محله ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان عوض الصلح سقي الارض أو الشجر بمائه فالاقرب الجواز مع الضبط كما في بيع الماء ﴾ كما في التذكرة والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وجعله في الشرائع وجها مأخذه جواز بيع ماء الشرب ولم يقيده في اللمعة بالضبط لكنه مراد له والمراد ضبطه بمدة معلومة ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائما أو بالسقي بالماء اجمع دائما وان جهل السقي لم تبعد الصحة لان جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في الباب ويصح ايضا جعله أي السقي موردا للصلح وعوضه امر آخر من عين أو منفعة عكس ما في الكتاب وكذا لو كان احد السقيين عوضا والآخر موردا والمخالف الشيخ في المبسوط قال اذا اقر له بحق ادعاه عليه ثم صالحه منه على أن يسقي ارضه من نهر المقر أو قناته في وقت معين لم يجز ذلك لان المعقود عليه الماء وهو غير معلوم المقدار مع انه قد جوز بعد ذلك بلا فاصلة بيع جزء مشاع منه وجعله عوضا للصلح وجوز ايضا بيع ماء العين والبئر ومن احتمل تخصيص منعه هنا بغير المضبوط كما في الروضة فلعله لم يلحظ قوله في وقت معين وهذه المسئلة ليست من مسائل التنازع ويبقى الكلام في المشبه به فان الماء الجاري من نهر أو عين يجوز بيعه على الدوام والا فالاشهر منعه لجهالته ولانه يزيد شيئا فشيئا وان كان راكدا جاز بيعه جزافا وكيلا ووزنا فالتشبيه ببيع الماء لايجدي فيما نحن فيه فتأمل ولعله لذلك ترك في اللمعة وغيرها ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا لو صالحه على اجراء الماء على سطحه أو ساحته صح بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس واللمعة والروضة والمسالك والكفاية ولا فرق بين جعله له عوضا وموردا ويحصل العلم بالموضع الذي يجري الماء منه بتقدير مجراه طولا وعرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه ولا يعتبر تعيين العمق لان من ملك شيئا ملك قراره مطلقا باي عرض وطول اتفق (والحاصل) أن الصلح في هذا الفرض انما يقع على مرور ماء غيره في ملكه اما على سطحه اذا كان الماء عاليا على داره أو ساحته فلا بد من تقدير الممر من السطح والساحة طولا وعرضا ولا يحتاج الى تقدير السمك لعدم التفاوت فيه الا بكثرة الماء وقلته ولعله لهذا اطلق المصنف وغيره حكم الماء من دون أن يشترطوا مشاهدته ولكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه لاختلاف الحال بقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف أيضا بكبر ما يقع عليه وصغره فمعرفته تحصل بمعرفة محله كما تقدم بيان ذلك كله ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكهما لتوقف الحق عليهما وليس على المصالح مساعدته ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح جعل الخدمة المضبوطة بالعمل أو الزمان عوضا فان أعتقه صح وفي رجوع العبد اشكال ينشأ من أن اعتاقه لم يصادف للملك سوى الرقبة فلا يؤثر الا فيه كما لو أوصى لرجل

برقبته ولآخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد والراكب أولى من قابض اللجام على رأي (متن)

برقبته ولآخر بخدمته فأعتق الاول ومن اقتضاء العتق زوال الملك عن الرقبة والمنفعة وقد حال بين العبد والمنفعة حيث لم تحصل المنفعة للعبد ﴾ قد جزم في التذكرة والتحرير بعدم رجوع العبد على السيد وفي (جامع المقاصد) انه الاصح لأن العتق لم يصادف في ملك السيد سوى الرقبة فلا يؤثر الا في ملكها فمزيله ومنافعه لم تتلف بالعتق لانه اعتقه بعد ان ملك منفعته للغير فلم يرجع بشيء ومثله ما لو أوصى مالك العبد لشخص برقبة العبد ولآخر بخدمته فاعتقه الموصى له بالرقبة فانه لا يرجع على تركة الموصي بعوض الخدمة قطعا لمثل ماذكر ومثل ما لو أعتق مقطوع اليدين والامة المزوجة بجرقانهما لا يرجعان عليه بشيء وقال الشافعي يرجع على سيده مستندا الى ماذكره المصنف (وفيه) ان اقتضاء زوال العتق الملك عن المنفعة أنما يكون لو كانت المنفعة مملوكة أما اذا كانت مملوكة للغير فلا اذ اعتاقه لا يقتضي زوال ما ليس بموجود وضبط الخدمة بالعمل كبناء بيت معين وبالزمان كسنة مثلا -﴿ قوله ﴾- ﴿ والراكب أولى من قابض اللجام على رأي ﴾ موافق للمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح واللمعة وقد حكم بذلك اكثر هؤلاء والمصنف في باب القضاء أيضاً من دون تردد لأن الراكب كما في المبسوط اقواهما يداً وأكثرهما تصرفا وفي (الخلاف والسرائر) أنها بينهما نصفين وفي (المبسوط) انه أحوط وفي (جامع المقاصد) أنه اصح وفي (المسالك) أقوى وفي (الروضة) قوي وقال في (جامع المقاصد) لكن لا بد أن يحلف كل منهما لصاحبه ولا ترجيح في الدروس وفي (غاية المراد) لا شك أن كلا منهما مدع بتفسيرات المدعي ومنكر أيضا بها ولكل يد الا أن يد الراكب تضاف الى تصرفه فان ثبت ان التصرف له مدخل في الرجحان رجح به وأما الترجيح بقوة اليد فلا أثر له لأن قوة سلطان اليد لم تؤثر في ثوب بيد أحد المدعيين اكثره وتبعه المحقق الثاني والشهيد الثاني (قلت) قد استدلوا في السقف لكونه للاعلى بأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفل ذكر ذلك في المسالك وأوضح من ذلك كلامهم في الغرفه كما ستسمعه قريباً على انه (قد يقال) ان كون قبض اللجام تصرفا مع الركوب غير معلوم وكثير ما يقبض أحد لجام دابة ركبها صاحبها والعكس قليل ولعل هذا هو الفارق بينها و بين الثوب المذكور كما يأتي على أنه قال في (جامع المقاصد) في السقف ان الأعلى متصرف دون الاسفل ولا ريب أن صاحب الاسفل لشدة احتياجه الى السقف أكثر تصرفا من قابض اللجام فيما نحن فيه ولا سيما اذا انضم الى ذلك بعض القرائن كالسرج المناسب للراكب ونحوه ولا يدفعه ماقاله في الدروس من انه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد قنية الدواب والمتشبث معتادا ان سلمناه له والا فالمانع منه مع ترجيحهم في أمثال هذه المقامات بالعرف والعادات بل يمكن اعتبار مثل كون هذه الدابة يعلم عادة كونها للراكب لا للقابض وبالعكس وذلك كله مع عدم ظهور تقدم تصرف من أحدهما وفي (جامع المقاصد والمسالك والروضة) أن اللجام لمن هو في يده والسرج لراكبه (وفيه) أن الحكم غير واضح لانه يبعد أن تكون الدابة لرجل واللجام لآخر وخصوصا اذا كان المقبوض حبلا مشدودا على رأس اللجام وكذلك الحال في السرج والرحل فتأمل وتمام الكلام في باب القضاء ﴿ قوله ﴾

وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ويتساويان في الثوب في أيديهما وان كان في يد أحدهما أكثره وفي العبد وان كان لاحدهما عليه ثياب والأسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال (متن) .

﴿ وذو الحمل على الدابة أولى من غيره ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط وبهذه العبارة ومثلها من دون تعرض لكون الآخر قابضا لزمامها ولا لكونه غير قابض صرح في الباب وباب القضاء المحقق والمصنف والشهيدان والكركي وغيرهم وستسمع ما في الروضة لان وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيترجح صاحبه ولعل المراد أن لكل واحد منهما مع ذلك يدا بأن كانا قابضين بزمامه ونحو ذلك ليحصل الترجيح وبذلك قيد في الروضة عبارة اللمعة أو يكون المراد أن لاحدهما حملا ولا يد للآخر وهذا يناسب نفي الخلاف عنه في المبسوط والمناسب من جهة المعادلة للمسئلة الأولى أن يكون المراد أن أحدهما قابض بزمامه وللآخر عليه حمل وهو الظاهر من الدروس لانه يظهر منه المساواة في الحكم في باب القضاء بينه وبين راكب الدابة مع القابض باللجام ولابس الثوب مع ما سكه وهذا الاحتمال هو الذي فهمه في جامع المقاصد من العبارة وجزم به وقال ان كلام الدروس ليس بشيء ولعل وجهه ان الركوب أسهل تعلقا من الحمل وأنت خبير بأن هذا التفاوت اليسير ان كان لا يجدي في الترجيح فيجيء فيه الخلاف كما بيناه في باب القضاء وفي قضاء الكتاب ان الراكب أولى بالحمل من صاحب الدابة ولم يتضح وجهه ولم نجد فيه نصا لاحد من أصحابنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتساويان في الثوب في ايديهما وان كان في يد أحدهما أكثره ﴾ بان كان في يد أحدهما تسعة أعشار وفي يد الآخر عشر فانه يجعل بينهما نصفين بلا خلاف كما في المبسوط والبتة كما في الدروس وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لاشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها والتصرف هنا وان اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد بخلاف الركوب وقبض اللجام قيل نعم لو كان ممسكا والآخر لابسا فكمسئلة الراكب والقابض لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة وربما قيل بتقديم الملابس لان الظاهر انه لم يتمكن من لبسه الا وهو غالب مستقل باليد وهو قوي جدا وفي (التذكرة) ان كل ذلك مع عدم البينة واليمين ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي العبد وان كان لاحدهما عليه ثياب ﴾ بلا خلاف كما في المبسوط وبه صرح في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وقضاء الكتاب وكشف اللثام لانه قد يلبس الثياب بغير اذن وبمجرد القول أو عارية ولان نفع الثياب يعود الى العبد لا الى صاحبه بخلاف الحمل على الجمل فان صاحبه المنتفع به ولان الحمل لايجوز ان يحمله على الحمل الا بحق ويجوز ان يجبر العبد على لبس قميص غير مالكه اذا كان عريانا وبذله ﴿ قوله ﴾ ﴿ والاسفل أولى من مدعي الغرفة بسبب فتح الباب اليه ومع التصرف اشكال ﴾ أطلق الحكم بأنها للاسفل في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة من دون تعرض لما اذا كان من اليه الباب متصرفا أو غير متصرف بل في المبسوط نفي الخلاف عن الحكم بها لمن هي في داره وانه لا اعتبار بالجار ووجهوه بأنه كذا موضوعة في ملكه وهو هواه لانه ملكه لانه تابع للقرار ومجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد والمصنف استشكل فيما اذا كان من اليه الباب متصرفا فيها بسكنى وغيرها لان يده عليها بالذات لاقتضاء التصرف له ويد مالك الهواء بالتبعية والذاتية أقوى والتبعية

اذا صالح أجنبي عن المنكر صح فان كان عن دين باذنه كان توكيلا والا تبرعا في القضاء وان كان عن عين باذنه فكالاول وبغير اذنه افتداء للمنكر وابراء من الدعوى ويرجع بما أدى ان صالح باذنه ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا (متن)

لضعفها انما ثبتت مع عدم ثبوت أخرى وتصرف بالفعل وفي (المسالك والروضة) انه أقوى وفي (جامع المقاصد) انه لايخلو عن قوة ومن ثبوت اليد من الجانبين في الجملة وعدم تأثير قوة اليد ﴿ قوله ﴾ ﴿ اذا صالح أجنبي عن المنكر صح فان كان عن دين باذنه كان توكيلا والا تبرعا في القضاء وان كان عن عين باذنه فكالاول وبغير اذنه افتداء للنكر وابراء من الدعوى ويرجع بما أدى ان صالح باذنه ﴾ قصد بكلامه الاخير التعريض بكلام الشيخ في المبسوط حيث قال انه يرجع ان أدى المال بالاذن سواء صالح باذنه أم لا (وفيه) انه اذا صالح بغير اذن صار المال في ذمة المصالح وبرأ من عليه الحق فكيف يرجع عليه بشيء اذا ادى باذنه وقال في (الدروس) الا ان تقول ان الصلح موقوف على رضى المدعى عليه والاقرب انه ان صالح ليؤدي هو فلا عبرة بالاذن وكذا لو صالح مطلقا على احتمال وان صالح ليؤدي المدعى عليه توقف على اجازته واستشكل في التحرير وكذا لايرجع عليه ان كان اذن له في الصلح ولم يأذن له في وزن المال ودفعه فدفع لأن الاذن في الصلح ليس اذنا في دفع المال والافتداء للنكر والابراء له من الدعوى بمعنى لان افتداءه بالصلح من الخصومة ابراء له من الدعوى ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له صح دينا كانت الدعوى أو عينا ﴾ ولا فرق بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أولا ولا بين ان يكون الاجنبي المصالح عالما بثبوت الحق في ذمة المدعى عليه أولا كما هو قضية اطلاق المبسوط والدروس وخالف في الاخير في التذكرة والتحرير قال في الاخير فان لم يعترف أي الاجنبي بصحة دعواه فالوجه عدم الجواز وصرح في التذكرة بان جواز الدعوى من المصالح مشروطة بعلم صدق مدعي المصالح فان لم يعلم لم يجز له دعوى شيء لايعلم ثبوته وقال عليه في (جامع المقاصد) ولقائل ان يقول اشتراط الدعوى بعلم الاستحقاق غير واضح فان الوارث يدعي بخط مورثه والوكيل يدعي عن موكله وقدلا يعلمان الاستحقاق وكذا الموكل قد يدعي بخط وكيله ونحو ذلك فيدعي عليه ان مالزيد عنده صار مستحقا له بالصلح ويطلب منه اليمين مع الانكار وعدم البينة ولا يضر عدم امكان الرد أو القضاء بالنكول كما في الوارث والقيم على الطفل وكذا لقائل (ان يقول) لم لايجوز الصلح على استحقاق الدعوى فان ذلك حق ويجوز الصلح على كل حق لكن يرد عليه انه لو ثبت الحق امتنع أخذه لعدم جريان الصلح عليه (ويجاب) بان الصلح لو جرى على أصل الاستحقاق فان ثبت الحق أخذه والا كان له استحقاق الدعوى وطلب اليمين وبالجملة فيقوم مقام المدعي ولا بعد في ذلك ويغتفر في الصلح مالا يغتفر في غيره انتهى (قلت) ويجاب بان القائل بانه لابد من الجزم في الدعوى لايستثنى منها الا مااذا كانت له بينة عادلة أو أقر المدعى عليه ثم انكر فانه حينئذ تصح له الدعوى من دون الجزم لان كان هذا علمين شرعيين أرمى الشارع قواعد شرعه عليهما واستثنى جماعة السماع في القتل والسرقة فجوزوها بلفظ الظن ونقول بأنه لا يجوز للوارث والوكيل والموكل الدعوى الا اذا علموا والا فهو كذب وتدليس من دون ضرورة ولا تورية

ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن العطف وان لم يأذن الحاكم (متن)

ودليل المنع هو لزوم القضاء بالنكول واليمين فلا بد من العلم ليأخذ وليستحلف نعم للوكيل أن يدعي عن موكله كأن يقول ان موكلي يقول ان له عند فلان كذا ولا نسلم انه يصح على استحقاق الدعوى لانه يحتمل صدقها وكذبها ولا يجوز الصلح على ما يحتمل انه خمر بل على ما يظن انه خمر وهنا كذلك والكبرى ممنوعة بل نقول ان كل حق معلوم يصح الصلح عليه ومنه يتطرق المنع الى الصغرى كأن نقول الدعوى ان كانت صدقا كانت حقا وقضية كلامه أنه يصح الصلح على الانكار وليس كذلك بل وقد تقدم لنا عند شرح قوله وما يتصالحان به وعليه ويشترط فيهما التملك ماله نفع تام في المقام وأما اذا كان المدعى عليه مقرا فلا خلاف في صحة صلح الاجنبي لنفسه على كل حال فان تمكن من انتزاع ما صالح عليه فلا بحث وان لم يتمكن ففي (المبسوط) ان كانت عينا والغريم معترف وعجز عن انتزاعها تخير بين فسخ الصلح والاقامة وحكاه عنه في التحرير ساكتا عليه وأطلق في الدروس ان له الفسخ من دون فرق بين العين والدين واحتمل في جامع المقاصد عدم ثبوت الفسخ في واحد من العوضين لان الصلح عقد مستقل بنفسه وليس مبنيا على المكايسة والمغابنة ولهذا يصح مع الجهالة وعلى مالا يسد مالا فيجب التمسك بعموم أوفوا بالعقود الا أن يدل دليل على خلافه وهو الاشبه ﴿قوله﴾ ﴿ولو خرجت أغصان الجار اليه فله قطعها من حد ملكه ان لم يمكن العطف وان لم يأذن الحاكم﴾ يريد أن له قطعها ولا يتوقف جواز ذلك على مطالبة المالك وامتناعه كما هو خيرة التحرير والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان ونفى عنه البعد في الكفاية وكأنه ميل اليه في المسالك لان ازالة العدوان عليه أمر ثابت له وتوقفه على اذن الغير ضرر ولو توقف على اذن المالك كان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم اذ لا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير اذنه أو اذن من يقوم مقامه مع التمكن فكان كاخراج دابة الغير عن ملكه لا يتوقف على اذن مالك ولا حاكم مع ان الدابة يحتمل تلفها مضافا الى أن الاصل عدم وجوب ابقاء مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي والاصل براءة الذمة من وجوب مراجعة المالك ولزوم التصرف في مال الغير بغير ضرورة يعارضه ان للمالك التصرف في ملكه كيف شاء وان حصل الضرر على الجار وقد (قال عليه السلام) ليس لعرق ظالم حق فلا فرق حينئذ بين ما اذا أمكن اعلام المالك بسهولة أم لا ولا بين كون الموضع مشتركا بينهما أم لا وقضية كلام المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس والحواشي والمسالك والكفاية انه يتوقف جواز الازالة على مطالبة المالك وامتناعه بل هو صريح بعضها ان لم يكن صريح الجميع وقد ذكروا مثل ذلك في باب الديات لما تقدم وفيه ماعرفت وهل يجب على الجار الازالة لو طالبه ذو الهواء بها أم لا (الاول) صريح المبسوط والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو ظاهر الشرائع فيجبر مع الامتناع ولا دليل لهم يعول عليه الا الاستئناس له بما اذا مال حائطه الى الشارع أو ملك الغير فانهم أوجبوا عليه الازالة مع التمكن وقالوا ان لم يفعل ضمن ولم يشترطوا في ذلك المطالبة الا الشيخ فانه اشترط في الضمان المطالبة والاشهاد ولعله لاحتمال الغفلة بدونهما مع الاصل والظاهر وجود الفرق ولذلك يوجبون عليه هدمه وان لم يطالبه أحد ولم يختلفوا هناك في وجوب الازالة واختلفوا هنا فليتأمل (والثاني) خيرة التذكرة حيث قال لا يجبر لانه من غير فعله وهو يدل على عدم الوجوب ويشهد له الاصل والمسألة سيالة وهي هل يجب على الانسان تفريغ أرض

فان صالحه على الابقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة او انتهائها والمدة وكذا على الابقاء في الهواء على الاقوى وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل الى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ويصح الصلح عن المجهول دينا كان او عينا اذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح الا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وان لم يجز بيعه كدم العمد وسكنى الدار (متن)

الغير من ماله اذا لم يكن ذلك بفعله أولا يجب عليه ولا يخاطب به وانما يكون الحكم متعلقا بصاحب الارض كما مرّ ولعلنا نجزم بأنه يجب عليه اخراج الدابة التي يجب حفظها وأما انه لا يتوقف على اذن الحاكم فقد صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة وغيرها ووجهه بعد معرفة ماتقدم ظاهر وهل يضمن المالك أجرة هواء الغير لومضت مدة طويلة ففي جامع المقاصد انه لاشبهة في الضمان مع تفريطه ولو قطعها مع امكان العطف ضمن بلا خلاف أجده (وقال الشهيد) ان ليس له ايقاد النار لتحترق وامله لانه يجب عليه ملاحظة الاسهل وما لا ضرر فيه ثم الضرر اليسير فهما أمكن العطف لايقطع واذا لم يمكن يقطع ولا توقد النار تحته لانه أشد ضررا وخروج أغصان شجرة الجار اليه اما أن يكون الى داره المختصة به أو المشتركة بينهما أو الى جداره كذلك أو الى هوائه كذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان صالحه على الابقاء على الجدار صح مع تقدير الزيادة أو انتهائها والمدة ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وغيرها وقد يظهر من التذكرة أن لا مخالف فيه من الخاصة والعامة وفي (المبسوط) جوازه على ابقائه على الجدار اذا كان الغصن يابساً وقال ان كان رطبا يزيد فالصلح باطل لانه مجهول فانه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره والجماعة قالوا ان زيادته وانتهاؤها تعرفان بظن أهل الخبرة فلا جهالة (وقد يقال) ان الجهالة في المعاوض عنه لاتمنع الصحة لكونها لاتمنع التسليم بخلاف العوض والحاجة تدعو الى الصلح لكثرته في الاملاك المتقاربة وفي القطع اتلاف وضرر (وكيف كان) فلو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الاصل لما تعدى الى المالك قبل الصلح ويمكن أن يعفى عن هذه الزيادة المتجددة كالاولاد الحادثة للمستأجر للغرفة والسمن الحادث لمستأجر الدابة وقالوا لابد مع ذلك من تقدير مدة الابقاء فلا يجوز مؤبدا (قلت) لانه هنا يفيد فائدة الاجارة وكأنه في المسالك متأمل في ذلك حيث قال على ماذكره الجماعة ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا على الابقاء في الهواء على الاقوى ﴾ كما هو خيرة الدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال عندنا خلافاً للشافعية وفي (الشرائع) لايصح على تردد وقال في (المبسوط) اذا لم يكن الغصن معتمدا على بناء صاحب الدار لم يجز لانه بيع الهواء منفردا بناء على أصله السابق من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع وهذا هو الفارق بين الصلح على ابقائه في الهواء وعلى الجدار ﴿ قوله ﴾ ﴿ وكذا البحث في العروق الممتدة والحائط المائل الى هواء غيره والخشبة الواقعة على ملك غيره ﴾ الوجه في ذلك كله يعرف مما مر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويصح الصلح عن المجهول دينا كان أو عينا اذا لم يمكن معرفته كما لو طحن قفيز حنطة وشعير ممتزجين ولو علم أحدهما لم يصح الا أن يعلم صاحبه ويصح الصلح عن كل ما يصح أخذ العوض عنه وان لم يجز بيعه كدم العمد وسكنى الدار ﴾

ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقاً أو حراً فالاقرب الرجوع الى القصاص ولو صالح عن القصاص بحر يعلمان حريته أو بعبد يعلمان الاستحقاق ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظر ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجية أو مع شاهد ليمتنع من اقامة الشهادة أو عن حد القذف (متن)

قد تقدم الكلام في هذه المسائل كلها مسبغا في أول الباب ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن القصاص بعبد فظهر مستحقا أو حرا فالاقرب الرجوع الى القصاص ﴾ كما في الدروس وجامع المقاصد وهو الاصح لانه عقد باطل فلا يترتب عليه سقوط القصاص لان سقوطه حينئذ أثر العقد الصحيح والباطل لا يترتب عليه أثره وفي (التذكرة) انه ينتقل الى القيمة ولعله يريد الى قيمة العبد لو ظهر مستحقا وقيمة الحر لو كان عبدا لتضمن الصلح اسقاط القصاص على مال فلا يعود القصاص بتعذره بل ينتقل الى قيمته وعن خط المصنف وأبي حنيفة انه ان ظهر العبد مستحقا انتقل الى قيمة العبد وان ظهر حرا رجع الى الدية واحتمل الرجوع الى الدية فيهما لان المقدر بالتراضي قد فات فيرجع الى المقدر الشرعي ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو صالح عن القصاص بحرّ يعلمان حريته أو بعبد يعلمان الاستحقاق ففي بطلان استحقاق القصاص ووجوب الانتقال الى الدية نظر ﴾ وكذلك الايضاح لا ترجيح فيه وفي (التذكرة والحواشي) أن الاقرب بقاء القصاص وفي (الدروس وجامع المقاصد) انه الاصح لان الصلح باطل فلا يترتب عليه أثره وجزم في التحرير بالانتقال الى الدية لتضمنه الرضا باسقاط القصاص على عوض فاذا فات انتقل الى المقدر الشرعي دون القيمة لعدم ارادتها لعلمهما بامتناع كون المذكور عوضا فكيف تراد قيمته واحتمل في جامع المقاصد السقوط لا الى بدل لان التراضي على ما يمتنع كونه عوضا بمنزلة التراضي على السقوط بغير عوض فيكون ابراؤهما ضعيفان لان الباطل لا يؤثر ما تضمنه من الرضا وارادة المجاز غير معلومة هذا وفي (الايضاح) انه ان وقع الاتفاق على انه لو وكل في الصلح بخمر فصالح الوكيل سقط القصاص مجانا ويأتي لهم في باب الوكالة انه لو قال له صالح عن الدم الذي استحقه بخمر ففعل حصل العفو وقد صرح بذلك جماعة ووجهوه بأنه يصح التوكيل في العقد الفاسد مع انهم قدمنعوه وقد أسبغنا الكلام في ذلك في باب الوكالة ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولا يصح الصلح على مالا يجوز أخذ العوض عنه كالصلح مع امرأة لتقر له بالزوجية أو مع شاهد ليمتنع من اقامة الشهادة ﴾ كما في التذكرة والتحرير والدروس لانه من باب تحريم الحلال وتحليل الحرام أما الزوجة فان كانت زوجته في الواقع لم يجز لها أخذ العوض على ذلك فلا يصح الصلح والا فان كانت محرمة عليه فالامر ظاهر والا فان أرادت بذل نفسها لا يصح بغير عقد النكاح ومثله مالو صالحته ليقر لها بالزوجية ولو صالحته عن دعوى الزوجية ليكف عنها ففي (التذكرة) أن الاقرب الجواز وأما الشاهد فلان المشهود به ان كان حقا لآدمي كالدين أو لله سبحانه وتعالى كالزكوة والشاهد يعرف ذلك لم يجز له أخذ العوض على تركه كما لا يجوز أخذ العوض على ترك الصلاة وان كان كذبا لم يجز له أخذ العوض أيضا على تركه كما لا يجوز له أخذ العوض على ترك شرب الخمر وكذلك لو صالحه ليشهد له ومالو صالحه على أن لا يشهد عليه زورا لان ترك ذلك واجب عليه كما لا يجوز أن يصالحه على أن لا يقتله ولا يغصبه ماله ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو عن حد القذف ﴾ أي لا يصح الصلح كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لانه ليس من الحقوق المالية ولا من توابعها وانما شرع لتنزيه العرض فلا يجوز أن

لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين أو لمن جذعه عليه على رأي أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ولو كان متصلا بهما أو محلولا عنهما ولا طرح لاحدهما ولا غيره فمن حلف فهو (متن)

يعاوض عن عرضه وفي (جامع المقاصد) انه لو صالح عنه لم يسقط الحد لان الباطل لا اثر له قال وهو مقرب التذكرة والموجود فيما عندنا من نسخها ان الاقرب سقوط الحد ولعله لانه في حكم العفو فتأمل ﴿ قوله ﴾ ﴿ لو تداعيا جدارا بين ملكيهما فهو في ايديهما فيحكم لذي البينة ﴾ اذا تداعيا جدارا مطلقا بمعنى انه غير مقيد بوجه يوجب كونه لاحدهما شرعاً كاتصاله ببناء أحدهما وما في حكمه مما سيأتي فهو في ايديهما مستوية نسبته اليهما يحكم به لذي البينة منهما فان فقدت فمن حلف عليه مع نكول صاحبه فهو له فان حلفا أو نكلا قضينا به بينهما كما صرح بذلك كله في المبسوط وأكثر ما تأخر عنه وهو واضح ويبقى الكلام في الجدار في عبارة الكتاب فان كان المراد به المنفصل المحلول عنهما فكان الأولى ان تذكر معه تمام احكامه ولا معنى لذكره بعد ذلك بقوله او محلولا عنهما وكذلك ان اراد به المتصل بهما معاً وان اراد به المنفصل عنهما والمتصل بأحدهما خاصة كما يشهدله قوله فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه فلا معنى لقوله فهو في ايديهما لان اليد في الاخير للمتصل بهبناؤه خاصة ويقضي هذا ايضاً ان الحكم لبينته مع انه داخل والمشهور ان البينة انما تعتبر من الخارج وان اراد جميع هذه الصور ورد عليه جميع ماذكرنا ﴿ قوله ﴾ ﴿ فان فقدت فلمن اتصل به بناؤه مع اليمين ﴾ كما طفحت به عباراتهم والمراد بالاتصال ان يكون اتصال توصيف وهو تداخل الاحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد ذلك كما صرح به جماعة والوجه فيه وفي الحكم واضح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو لمن جذعه عليه على رأي ﴾ خلافاً للخلاف والمبسوط حيث حكم فيهما بأنه لا يحكم بالحائط من الجذوع له بل يكون بينهما نصفين موافق للسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة لان وضع الجذع يفيد اليد للواضع فيبقى الآخر خاليا فأشبه الحمل على الدابة والزرع في الارض (وحاصل) ما استدل به في الخلاف والمبسوط ما ذكره في الدروس من أن في كون الجدار سورا للدارين دلالة ظاهره على أنه في أيديهما ووضع الجذع اختصاص بمزيد انتفاع كاختصاص أحد الساكنين بزيادة الامتعة وفيه ما عرفت ولا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامة أهل العلم في الدلالة على الاختصاص والمنع كما في التذكرة وفرق الكوفي بين الجذع والجذعين وظن في الايضاح أن الرأي اشارة الى قول الشيخ في المبسوط بأن القول بالقرعة في هذه المسائل قوي قال في (جامع المقاصد) وليس بجيد لان من جملة المسائل التي قال الشيخ فيها بالقرعة ما اذا اتصل بهبناؤه أو عقده أو قبته والمصنف جعل الرأي في الجذع فقط فحيث قدمه على البواقي لا يكون اشارة الى قول الشيخ هذا (قلت) الشيخ في المبسوط والخلاف لم يتعرض في مسئلة الجذع للقرعة أصلا فما في الايضاح وجامع المقاصد عنه غير صحيح ﴿ قوله ﴾ ﴿ أو بناؤه أو عقده أو قبته أو سترته ﴾ أي يحكم لمن كان له عليه بناء أو عقد أو قبته مع اليمين لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعليه اليمين مع فقد البينة ولو كان لاحدهما واحدة من المرجحات ومع الآخر الباقية تساويا اذ لا أثر لزيادة اليد ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو كان متصلاً بهما أو محلولاً عنهما ولا طرح لاحدهما ولا غيره فمن حلف فهو

له مع نكول صاحبه فان حلفا أو نكلا قضي لهما به ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالروازن والشبابيك وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه (متن)

له مع نكول صاحبه فان حلفا او نكلا قضي لهما به ﴾ كما صرحت بذلك عباراتهم وقد تقدم ﴿ قوله ﴾ ﴿ولا ترجيح بالدواخل كالطاقات والمحاريب ولا بالخوارج كالصور والكتابات ولا بالروازن والشبابيك ﴾ كما صرحوا به بدون خلاف اصلا لامكان احداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر والمراد بالخوارج ماخرج عن وجه الحائط من نقش بالجص والآجر او وتد اورف او نحو ذلك ﴿ قوله ﴾ ﴿ وفي رواية يرجح في الخص بمعاقد قمطه ﴾ هو ما رواه المشايخ الثلاثة عن منصور بن حازم صحيحا عن أبي عبد الله عليه السلام قال سألته عن خص بين دارين فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار التي من قبله معاقد القمط و بدل الخص بالحظيرة في الكافي والفقيه وفي (التهذيب والكافي) مكان فذكر لفظ فزعم وما رواه في الفقيه عن عمر بن شمر عن جابر عن ابي جعفر عليه السلام عن علي عليه السلام انه قضى في رجلين اختصما في خص فقال ان الخص للذي اليه القمط و يدل عليه ايضا رواية عامية صريحة بذلك مروية في الخلاف والغنية والتذكرة بل في الأول ان الخبر مجمع عليه لا يدفعه احد سلمنا لكن الشهرة تجبره وتجبر الخبر الثاني فقد حكي عليه الشهرة الشهيدان في الدروس في موضعين والمسالك والروضة والمقداد والمحقق الثاني في تعليق النافع والمقدس الاردبيلي بل ظاهر التذكرة والمسالك ايضا الاجماع عليه وهو صريح الغنية والسرائر وفي (المبسوط) نسبته الى رواية اصحابنا والمخالف والمتأمل الشيخ في المبسوط والمحقق في قضاء النافع وفخر الاسلام والصيمري وابو العباس في المهذب البارع والمقتصر وقد نسب الاخير فيهما الخلاف الى المتأخرين كافه وهو غريب لان اساطينهم كابن ادريس والمحقق في الشرائع والمصنف والشهيد ممن تقدم عليه عاملون بالخبرين نعم لا ترجيح في التنقيح وقد سمعت حكاية الشهرة في ستة كتب (وكيف كان) فلا وجه المناقشة في الخبرين من جهة السند ولا الدلالة حيث قيل في قضاء النافع وغيره ان في عمر ضعفاً وأنهما قضية في واقعة فلا يتعدى الى غيرها (وفيه) ان الصحيح تضمن السؤال و بعد ان يكون ما اشتمل عليه من قضايا الاعيان الا ان يدعى انه عليه السلام عرفها واجرى الحكم بمقتضى ما علم لكن ظاهر السؤال لمولانا الصادق عليه السلام وجوابه بعده بنقل قضاء امير المؤمنين عليه السلام في الواقعة يقتضيان بالعموم لكل واقعة والا لكان السؤال مسكوتا عن جوابه وفيه تأخير للبيان عن وقت الحاجة نعم لا ريب انهما مخالفان لاصول المذهب ويمكن تخصيصها بهما لمكان التكافؤ وقد يعمل بهما فيما اذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القمط الى جانب قرينة على ملكية الخص لكن النص والفتوى مطلقان وقد يوافقان الاعتبار والصحيح من الاصل لان الظاهر ان من كانت اليه المعاقد وقف في ملكه وعقد نعم قد تقول بتخصيص الحكم بمورد الرواية من الخص دون غيره وان حصلت فيه نحو معاقد القمط وشهدت العادة بكون ذلك قرينة على الملكية اذ أقصى ذلك الظهور ولا يخصص به الاصول بل ترجح هي عليه حيث لا يقوم على ذلك دليل كما قام فيما نحن فيه أعني الخص وقال في النهاية قالوا القمط هو الحبل والخص البيت الذي يكون في السواد

ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الاس ويحكم لصاحب السفل بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفه أما السقف فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفل لاتصاله ببنائه على الترصيف وان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل واختصاص الاول والثاني (متن

بين الدور ويستفاد من الفقيه أيضا أن الحص هو الحائط من القصب بين الدارين وهو الاوفق بالنص والفتوى وفي (النهاية الاثيرية) نقلا عن الهروي ومجمع البحرين ان الخص البيت الذي يعمل من القصب وهو الموافق للعرف وقد نص انه بالضم والقمط بالكسر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ولو شهدت البينة لاحدهما بالملك صار صاحب يد في الأس ﴾ كما في الدروس والمراد بالاس مكان الاساس كما في الحواشي وجامع المقاصد ومعناه انهما اذا اختلفا في الاس والجدار فاقام احدهما بينته في الجدار (بالجدار خ ل) فهو ذو يد في الاس وكذا الشجرة مع المغرس لان كون الجدار حائلا بين الملكين امارة على اشتراك اليد ولا دلالة على اشتراك اليد في الاس والمغرس فاذا ثبت الجدار لاحدهما اختصت يده وان كان المراد به اي الاس الاساس المستتر من الحائط كان داخلا في شهادة البينة بكون الجدار له كما في المبسوط وجامع المقاصد فلا معنى لحصول اليد فيه بالبينة وقال التسيد يمكن ذلك بان تشهد البينة بتملك ماظهر لاما استتر انتهى فتدبر ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويحكم لصاحب السفل بجدران البيت مع اليمين ولصاحب العلو بجدران الغرفه ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وفي (المسالك) انه المشهور وفي (الروضة) انه الاشهر لان جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها فيحكم بهما لصاحب الجملة وان الظاهر ان وضع اليد على البيت وضع على جدرانه وكذلك الغرفه وعن ابي علي ان جدران البيت بينهما لان حاجتهما اليه واحدة بخلاف جدران الغرفة اذ لا تعلق لصاحب البيت بها الا كونه موضوعا على ملكه وفي (المختلف) لا باس به وفي (المسالك) انه قول جيد والاول أجود واستشكل في التذكرة ولعله ليس في محله وكذلك الحال في سقف الغرفة يحكم به لصاحبها كما في التحرير واللمعة والروضة ﴿ قوله ﴾ ﴿ أما السقف فان لم يمكن احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فهو لصاحب السفل لاتصاله ببنائه على الترصيف ﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر الاخيرين أنه ليس محل خلاف لان الازج بناء يعقد فوق الجدران بالجص والآجر ولا ريب أن هذا النوع من البناء انما يفعل قبل امتداد الجدار في العلو لانه لابد من اخراج بعض الاجزاء ونحوه عن سمة وجه الجدار عن قرب محل العقد ليكون حاملا للعقد فيحصل الترصيف بين السقف والجدران وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر وذلك دليل على انه لصاحب الأسفل فان اتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له ﴿ قوله ﴾ ﴿ وان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه فيحتمل التسوية لانه ارض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل واختصاص الأول والثاني ﴾ أي يحتمل

ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فان كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختص الاسفل بالباقي (متن)

اختصاص الاول به وهو صاحب العلو ويحتمل اختصاص الثاني به وهو صاحب السفل وتفريع الاحتمالات الثلاثة على اشتراكهما غير صحيح قطعا وكيف كان فالاحتمال الاول خيرة المبسوط وقواه في الدروس قال في (المبسوط) ان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه فان حلفا كان بينهما نصفين والاحوط أن يقرع بينهما فمن خرج سهمه حلف وحكم له به وقال في (الخلاف) يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به وأن قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزا فقد قال ايضا فيه بالتسوية وهو قضية القول بالقرعة كما هو خيرة اللمعة كما هو خيرة الخلاف في اول كلامه والمبسوط في آخره وقد استحسنه في الشرائع (وقد استدل عليه في الخلاف) باجماع الفرقة على أن كل مجهول فيه القرعة وهذا من الامر المشتبه ويشكل بان مورد القرعة المجهول الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو حق لاحدهما مشتبه وهنا ليس كذلك لانه كما يجوز كونه لاحدهما يجوز كونه لهما معاً لاستوائهما فيه كما اعترف هو به في الكتابين (والحاصل) أن القول بالقرعة ينافي القسمة التي جوزها في الكتابين ومعنى قولنا أن القول بالتسوية قضية القول بالقرعة انهما متساويان في اليد ولا ترجيح لاحدهما على الآخر والا فهو قول آخر كما في الشرائع وغيرها والاحتمال الثاني وهو اختصاص صاحب العلو به خيرة السرائر والارشاد والمختلف والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو المحكي عن ابي علي وفي (التذكرة) لا بأس به وفي (الروضة) ليس ببعيد لان الغرفة لا تتحقق بدونه والبيت يتحقق بدون السقف وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها ولان تصرفه فيه اغلب من تصرف الآخر والاحتمال الثالث لم نجد قائلا به منا وانما هو لابي حنيفة قال لان السقف على ملك صاحب السفل فكان القول قوله فيه كما لو تنازعا سرجا على دابة احدهما (وفيه) انه قياس مع الفارق لان السرج لا ينتفع به غير صاحب الدابة ويده وحده عليه والسقف هنا ينتفعان به معاً ووجهه في (الايضاح) بان الهواء تابع للسفل لانه متوقف عليه ولم يرجح فيه شيئا من الاقوال الاربعة ووجهه في (جامع المقاصد) بشدة احتياجه اليه وان الغرفة على البيت ولا تتحقق الا بعده والبيت لا يتم الا بالسقف وفيه أن اقصى ذلك انه الغالب ولم يثبت ما يقضي باليد لصاحب السفل وصاحب العلو مختص باليد والتصرف ﴿ قوله ﴾ (ولو تنازع صاحب البيوت السفلى وصاحب العليا في العرصة فان كان المرقى في صدر الخان تساويا في المسلك واختص الاسفل بالباقي) كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومعناه الشرائع والتحرير والارشاد قال في (الشرائع) ولو تداعيا الصحن قضي منه بما يسلك فيه الى العلو بينهما وما خرج عنه لصاحب السفل وهو معنى ما في الكتاب ووجهه أن صاحب العلو لما افتقر سلوكه اليه الى التصرف من الصحن في قدر الممر كان له عليه يد دون باقي الصحن وصاحب السفل يشاركه في التصرف وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما وقد خالف الشيخ في المبسوط والمصنف في التذكرة فذهبا الى أن السفل بينهما نصفين قال في (المبسوط) أن كانت الدرجة التي يرتقى منها الى علو الخان في صدر الصحن كان السفل بينهما نصفين واحتمله في الدروس لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط

ولو كان في الدهليز او في أول الباب فمن أول الباب الى المرقى بينهما والباقي للاسفل ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالعرصة باجمعها للاسفل ويقضي بالدرجة لصاحب العلو (متن)

مستقيم ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة وجزم في اللمعة بان الأعلى يختص بقدر ما يسلكه لكونه من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة الصحن وهو الذي استظهره المولى الاردبيلي وصدر الخان نهايته في السمة وهو آخر خطته المقابلة للباب ﴿قوله﴾ ﴿ولو كان في الدهليز أو في أول الباب فمن أول الباب الى المرقى بينهما والباقي للاسفل﴾ قد صرح بالحكم المذكور فيما اذا كان في الدهليز في المبسوط والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة واما اذا كان في أول الباب ففي جامع المقاصد أن الاشتراك لا يتأتى اذ المرقى في أول الباب ويمكن أن يقال لا بد من الباب والصعود في المرقى فالاشتراك الى أول المرقى ﴿قوله﴾ ﴿ولو خرج المرقى عن خطة الخان فالعرصة باجمعها للاسفل﴾ ولا تعلق لصاحب العلو بها بحال كما في التذكرة والدروس والمسالك والروضة لانه لا يدله على شيء منها الا أن تقول في السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع ويؤيده أن العرصة بجملتها يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل فليتأمل ﴿قوله﴾ ﴿ويقضي بالدرجة لصاحب العلو﴾ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد ومجمع البرهان والدروس والمسالك والروضة لانها لانتفاعه والضرورة ماسة به اليها ولا كذلك صاحب السفل والعقل يحكم بان الامر الذي هو ضروري لشخص دون آخر مختص بصاحب الضرورة وقيد الحكم في الثلاثه الاخيرة بما اذا اختلفا في الخزانة قالا اما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب البيوت السفلي كانت كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل أي فعلى تقدير القول ثمة بان السقف لصاحب الغرفة فانه يحكم هنا بالدرجة للأعلى مطلقا سواء اختلفا في الخزانة ام اتفقا على انها للأسفل وعلى القول بالاشتراك في السقف فانه هنا مع الاتفاق على الخزانة للأسفل تكون الدرجة مشتركة بينهما كالسقف ثمة اما مع الاختلاف فيها أي الخزانة فالحكم فيها انها للأعلى وانت خبير بان الجماعة اطلقوا بل اطلاق المبسوط كاد يلحق بالتصريح بعدم الفرق بين الاختلاف في الخزانة والاتفاق ثم انك قد عرفت أن جماعة قالوا في السقف بالقرعة كالشهيد في اللمعة والشيخ في احد قوليه في الكتابين وجماعة قالوا فيه بالاشتراك وهذان لا يجامعان اختصاص العلوي بالخزانة مطلقا بل لا بد فيها من القرعة عند من ذهب اليها هناك كما انه لا بد من الحكم بالاشتراك كما قيل به هناك مع انهم اطلقوا هنا من دون تقادم عهد ولعله مبني على ما اشار اليه في المبسوط من شدة ندرة الاتفاق على أن الخزانة لصاحب السفل قال في اثناء كلام له أن الدرجة لا يقصد ببنائها الا الصعود عليها ولا يقصد احد عمل خزانة بعقد درجة وتخالف السقف فانه يقصد ببنائه ستر البيت دون عمل غرفة وقد يقصد به عمل غرفة دون ستر البيت فلذلك كان أي السقف بينهما انتهى لكنه يقضي بان الخزانة للأعلى ايضاً وهو مختاره فيه كما ستسمع أو مبني على أن الدرجة كالحائط أو السقف المتصل ببناء احدهما بناء ترصيف فيحكم بها للأعلى وان كانت خزانتها للأسفل وليست كالسقف الذي هو محل الخلاف أي الذي يمكن احداثه فليتأمل نعم لا بد من التقييد في الدرجة بما اذا كانت معقودة فلو كانت دكة غير معقودة أو كانت سلما في محل الصعود مربوطا به أم لا فلا مجال للاختلاف فيهما بل هما للأعلى قولا واحدا على ما قد يفهم من التذكرة

ويتساويان في الخزانة تحتها كل ذلك مع اليمين والمسناة بين الملكين كالجدار (متن)

كما أن السلم الموضوع في غير محل الصعود ملك لصاحب السفل اذا كان في ملكه ﴿ قوله ﴾ ﴿ ويتساويان في الخزانة تحتها ﴾ كما في الشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي (الروضة) انه قوي لان كل منهما شاهدا بالملك اذ الظاهر أن الدرج لصاحب العلو فيكون مكانه له لان الهواء تابع له وكذا الظاهر أن الخزانة كسائر البيوت السفلي وفي (المبسوط) أن الاقوى هنا انها للأعلى كما تقدم عنه ما يدل عليه وفي (الارشاد ومجمع البرهان) أنها للأسفل لاتصالها بملكه ووضع يده عليها كسائر بيوته وحكم في اللمعة بالقرعة وفيه ما مر واحتمل في التذكرة فيها الاحتمالات الثلاثة الاشتراك واختصاص كل منهما بها ولا فرق فيها بين الصغيرة والكبيرة كما في مجمع البرهان وهو قضية الاطلاق ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته وكيزانه فيها كما في التذكرة والخزانة بالكسر ككتابه قاله في القاموس ﴿ قوله ﴾ ﴿ كل ذلك مع اليمين ﴾ أي في جميع المسائل سوى التي جعلناها فيما مما صاحبي يد والتي رجحنا فيها واحد فان اليمين على صاحب اليد لانه المنكر ﴿ قوله ﴾ ﴿ والمسناة بين الملكين كالجدار ﴾ لو تنازعا مسناة بين نهر احدهما وارض الآخر أو بين أرضيهما أو بين نهريهما تحالفا وكانت بينهما لانها حاجز بين ملكيهما كالحائط بين الملكين كما صرح به كله في التذكرة ونحوه ما في التحرير * * * وقد وفق الله سبحانه وتعالى بمنه وكرمه وبركة خير خلقه سيدنا محمد وآله صلوات الله عليهم اجمعين لاتمام هذا المجلد في أول شهر ربيع الاول سنة ١٢٢١ الف ومائتين واحدى وعشرين من الهجرة مع تشتت الاحوال واشتغال البال بما اتانا من الخارجي المأمون في ارض نجد فانه اخترع ما اخترع في الدين واباح دماء المسلمين وتخريب قبور الأئمة المعصومين عليهم صلوات رب العالمين فاغار سنة ١٢١٦ ستة عشر على مشهد الحسين عليه السلام وقتل الرجال والاطفال واخذ الاموال وعاث في الحضرة المقدسة فخرب بناءها وهدم اركانها ثم انه بعد ذلك استولى على مكة المشرفة والمدينة المنورة وفعل بالبقيع ما فعل لكنه لم يهدم قبة النبي صلى الله عليه وآله وسلم وفي السنة الحادية والعشرين في الليلة التاسعة من شهر صفر قبل الصبح بساعة هجم علينا في النجف الاشرف ونحن في غفلة حتى أن بعض اصحابه صعدوا السور وكادوا يأخذون البلد فظهرت لامير المؤمنين عليه السلام المعجزات الظاهرة والكرامات الباهرة فقتل من جيشه كثير ورجع خائبا ولله الحمد على كل حال

م

بلغ مقابلة من أول كتاب الدين الى هنا على يد الأقل محسن الحسيني العاملي عفي عنه

﴿ طبع بمطبعة الشورى بالفجالة بمصر لصاحبها محمد محمد عبد الرحيم ﴾

﴿ بيان الخطأ الواقع في كتاب الدين من مفتاح الكرامة مع صوابه ﴾
(ويدخل فيه الدين والرهن والحجر والضمان والحوالة والكفالة والصلح)

ليعلم انا لم نأل جهداً في تصحيح هذا المجلد كغيره من المجلدات المطبوعة قبل الطبع وحالته ولكن الخطأ والنسيان ملازم لنوع الانسان الا من عصمه الله تعالى وقد وقعت فيه اغلاط بعضها حال الطبع وبعضها مما زاغ عنه البصر حين المقابلة قبل الطبع كما انه قد سقطت بعض الكلمات والجمل من المتن الموضوع في أعلى الصفحات في النصف الاخير خاصة من هذا المجلد بسبب ان بعض المساعدين لما نقل المتن في النصف المذكور من نفس الشرح سهوا ومعلوم ان الشرح لا يشتمل على جميع المتن وحرصاً على صحة الكتاب قابلناه مرة ثانية بعد الطبع ووضعنا هذه الطريقة الآتية لمعرفة الصواب (فالنمرة الاولى للصفحة والثانية للسطر ويفصل بينهما نجمة والكلمة الاولى أو أكثر الغلط والكلمة الثانية أو اكثر الصواب ويفصل بينهما نقطة فان كان بجنب الكلمة الثانية هكذا «ظ» فهو علامة على ان الظاهر أنها الصواب وان كان بجنبها هكذا (خ ل) فهو علامة على أنها نسخه بدل عن الاولى فان كان بجنبها هكذا (خ) فهو علامة على وجودها في بعض النسخ دون بعض وبقيت أغلاط يسيرة لا تخفى على المطالع تركناها اختصارا

٢ * ١١ فقرض . فقرض ٢ * ٢٣ ستعرف . ستعرف ٤ * ٥ لما . لا ٤ * ٢٠ ويواد . ويوار ٥ * ٨ كان . كاد ٥ * ٩ غيره . وغيره ٥ * ١٩ والتذكرة وجامع المقاصد . والتذكرة ٥ * ٣٠ المقتضي . المقتضى ٦ * ١١ الله . الله تعالى ٦ * ٢٠ إجارة . اجارة ٦ * ٢١ كأنه * وكأنه ٦ * ٢٨ يقضى . يقضي ٦ * ٣١ قريب . قريب انشاء الله تعالى ٧ * ٤ يعفوا . يعفو ٧ * ٢٨ معاذ . معاذه «ظ» ٧ * ٣٥ فيه أيضاً . فيه ٨ * ٣ يأمر . يؤمر ٨ * ٤ دون صرف . دون سرف ٩ * ٢١ والبدن . أو البدن ٩ * ٢٨ وقال . وبال «ظ» ٩ * ٢٩ الحظ . الحظر ١٢ * ١٦ حجة مقدمة الواجب . حجية مقدمة الواجب ١٣ * ٩ و١٠ اصلي . صلى ١٣ * ١٠ فلست مأمور . فلست مأمورا ١٣ * ١٦ ان . بان ١٣ * ٢٧ ولو وجدت . ولوجدت ١٣ * ٣٣ النهي . المنهي ١٥ * ١٧ جهله . جهل ١٥ * ٣١ أم . أو ١٦ * ١٠ بن . ابن ١٦ * ٢٠ و٢١ روى . روي ١٦ * ٢٩ و٣٠ و٣١ عبد الله . عبد الله عليه السلام ١٨ * ١٢ فيها . فيما أنه ١٩ * ٣٢ الصقود . والعقود ٢٠ * ١٨ ان . انه ٢٠ * ٢٧ حاضر . حاصر ٢١ * ٦ ضبط . خبط ٢١ * ٦ ففوق . فتوق ٢٢ * ٢١ أدرى . ادى ٢٢ * ٢٨ ظريف . طريف ٢٢ * ٢٨ الشكلي . الشكلي ٢٤ * ١ اقسماها . اقسامها ٢٥ * ٢ والروض . والروضة «ظ» ٢٥ * ١٣ فقوى . فتوى ٢٥ * ٢٧ بعد . بعد ٢٩ * ٣١ الكلام . الكلام عليه «ظ» ٣٠ * ٢١ والمنافع . والنافع ٣١ * ١٥ بشيء . لشيء ٣١ * ١٩ ثمن . بمثل ٣٢ * ١٧ وان للمقرض . وان المقترض «ظ» ٢٤ * ١٨ انه . أنها ٤٠ * ٣١ استمرة . استمرت ٤١ * ١٢ ويدعي . ويدعى ٤١ * ١٨ لحرمة . لحرمت ٤١ * ٢٧ يرجي . يرجى ٤٢ * ٦ ولأنه . لأنه ٤٢ * ٢٠ جملة . جملة من «ظ» ٤٢ * ٢٢ جواد . جواز ٤٣ * ٣ ثمر . تمر ٤٤ * ١ نفعا فعد . فعا ٤٦ * ١٨ وظاهره . وظاهر ٤٧ * ١٨ دونه . دون ٤٨ * ٢٢ محتاج . محتاج اليه «ظ» ٤٨ * ٢٥ الكفاية فيه . الكفايه ٥٠ * ١١ لا يتأتى . لا يتأدى ٥١ * ٤ يداه . يده ٥١ * ٥ ان . انه ٥١ * ٢٠ ارجاعه * ارتجاعه خ ل ٥١ * ٢٦ قاله . قاله الشيخ ٥٢ * ٢٤ ما أجاب . واجاب ٥٤ * ٢١ المضمر . المضمرة ٥٤ * ٢٤ والدروس . والارشاد ٥٥ * ١٣ يجبره .

يجبره ٥٥ * ٢٤ النافع . النافع وغيره ٥٦ * ٨ العقود . العفو ٥٦ * ٢٨ ادعي . ادعى ٥٧ * ١٧ وكون . وكون القيمه ٥٩ * ٣١ موجلا ولا معنى لاطراح . كذا في بعض النسخ والظاهر ان الصواب حذف ولا معنى كما في البعض الآخر ٦٠ * ١٧ علامه . علاقه ٦٠ * ٣٠ و ٦١ * ١ طالبة . طالبه ٦١ * ١٦ ولو . لو ٦٢ * ٧ ان . انه ٦٢ * ١١ اعواضا . اعراضا خ ل ٦٣ * ١٨ برأسها . بروٌسها ٦٤ * ١١ قيا . قيميا ٦٤ * ١٩ لازما . لان ما ٦٥ * ١٢ القرض . الفرض ٦٥ * ١٥ والمنافع . والنافع ٦٥ * ٥ والكتات . والكتاب ٦٦ * ٧ لا . الا ٦٦ * ١٦ ا كتفينا . ا كتفيا ٦٦ * ١٧ يخلي . يخلى ٦٩ * ١٩ الامر . الأمه ٧١ المتن هنا ساقط من أعلى الصفحه وهو هذا . (الاول) الصيغه ولا بد فيه من ايجاب كقوله رهنتك أو هذا وثيقة عندك على كذا أو ما أدى معناه من الالفاظ (متن) ٧١ * ٥ الوقوف . الموقوف ٧١ * ١٤ يدعوا . يدعو ٧١ * ١٩ يبقي . يبق ٧٢ * ٥ وغنم . وغنم ٧٣ * ٩ امراض . امر آخر ٧٣ * ١٨ الايجاب . ايجاب ٧٥ * ٢٨ ذمت . ذمة ٧٦ * ٨ والحلاف . الخلاف ٧٦ * ١٨ عنده ايضا . عنده رضي الله عنه ٧٧ * ٢٠ فيقدر . فبقدر ٧٩ * ٢١ المبيع . البيع ٨١ * ٢ اولا . ولا ٨١ * ٣١ واحد . واحدا ٨١ * ٢١ صفة . صفقة ٨٢ * ١١ لكن . لكن في ٨٢ * ٣٠ هناك . هنا ٨٥ * ١٦ البيع . المبيع ٨٨ * ٤ الخبر . الجزء ٨٩ * ١ المهابة . المهاياة ٨٩ * ١٥ والثاني . الثاني ٩١ * ٢٣ قضبة وقضية «ظ» ٩١ * ٣٤ الارش . لا ارش ٩٢ * ٢٠ وجعل قبل . وجعل ٩٣ * ٢٨ الاستاذ الاستناد ٩٤ * ٩ يقتضي . تقتضي ٩٤ * ١١ قليل بل . قليل ٩٨ * ٩ يكون . كذا في النسخة والمطابق لقواعد العربية يكن أو فيكون ٩٩ * ٥ الجوع . المجموع ٩٩ * ١١ جزأ . جزء ١٠١ * ٧ فباع . فبيع «ظ» ١٠١ * ٩ وينفي . وبنفي ١٠١ * ٢٣ يرهن . برهن ١٠٣ * ٢٧ وظاهر . وظاهره ١٠٤ * ٧ مرتفعان . مرتفقان ١٠٥ * ١٥ على . وعلى «ظ» ١٠٥ * ٣٢ قال قال . كذا في النسخة والظاهر زيادة أحدهما ١٠٦ * ٣١ الكلام . اللام ١٠٨ * ٢ تدر . ندر ١٠٩ * ٢٥ التهذيب . والتهذيب ١١٠ * ٣ الدين . المدين ١١ * ١٧ كلاما . كلامه ١١٠ * ٢٠ الاقتصاد . الاقتصار ١١١ * ٣١ وتفريط . تفريط ١١٢ * ٦ تأكيدا وتفسيرا . تأكيد أو تفسير ١١٢ * ١١ كالو . كذا في النسخة والظاهر زيادة لو ١١٢ * ٢٤ المذكور . المذكورة ١١٣ * ٩ الرهن . رهن «ظ» ١١٣ * ١٨ على . وعلى «ظ» ١١٤ * ٢٣ الله . الله تعالى ١١٥ * ٣٢ وغيره وغير ١١٦ * ١٨ النقض النقص ١١٧ * ٣ ذا . اذا ١١٨ * ١١ قال . قالوا ١٢١ * ٦ فارهن فاوهن ١٢٢ * ٧ كما . ما ١٢٢ * ١١ نبي . نى ١٢٢ * ٢٢ والوطؤ والوطئ ١٢٣ * ٣١ لان لا ١٢٤ * ٨ موهوب . موهون ١٢٤ * ١٦ للقابل . المقابل ١٢٤ * ١٨ في المبسوط . المبسوط ١٢٤ * ٣٣ استسعت . استسعيت ١٢٧ * ١ ووجهه وجه ١٢٨ * ١٣ يبين . بين «ظ» ١٢٨ * ١٩ نبى . نفي ١٢٩ * ٢١ الزم . لزم «ظ» ١٣٠ * ٣٣ بجرايانها . بجريانها ١٣٠ * ٢٦ الاستغاء . الاستيثاق ١٣٤ * ٧ والاحتيا . والاحتيا ط ١٣٦ * ٢٠ الاوليتين . الاولتين (الاولين خ ل) ١٣٧ * ٣٠ عقد عقدا ١٣٨ * ١٤ شرط . شرطا ١٣٨ * ٢٥ للصحة . الصحة ١٤٠ * ١٤ ادعى . ادعى ١٤٤ * ٣١ عير . عين ١٤٥ * ٣ اقيض اقبض ١٤٥ * ٣٣ لكن ركن ١٤٧ * ١٩ يجيب . يجب ١٤٩ * ٣ يده . يده يد ١٥٠ * ١ المشرط المشروط ١٥١ * ٢٢ بان لا كتفاء . بالا كتفاء ١٥١ * ٢٨ تحقيق . تحقق ١٥٣ * ١ مكاتبة . مكاتبه ١٥٣ * ١٣ صحة . صحت ١٥٥ * ٢ لتيقن . ليتيقن ١٥٨ *

٢٠ فالقوت . فالقول ١٦٠ * ٢٩ واسديامة معه فلو أشرطا . واستدامة معا فلو شرطا ١٦٠ * ٣١
عبد . عبداً ١٦١ * ١٢ لأنه . لأنهما ١٦٢ * ١٠ وتارك . وترك « ظ » ١٦٣ * ٢ متطوع .
متطوع « ظ » ١٦٣ * ٢ لهسا . لما ١٦٣ * ٩ الأنابه . كذا في نسختين وصحته محتملة ويحتمل أن
يكون الصواب الامانة ١٦٣ * ٢٠ الى ثقة ان . الى يد ثقة ١٦٤ * ٢ كان . كانا ١٦٥ * ١٩ تقدم .
وتقدم « ظ » أو كما تقدم ١٦٦ * ٢٢ الفرض . الغرض « ظ » ١٦٧ * ١٢ ولو . لو وصليه (حاشية)
١٦٧ * ٢٣ عليهم أجمعين . عليهم ١٧٠ * ٦ ذ كر . ذ كر انه « ظ » ١٧٥ * ٢٠ أحدهما . احدهما
١٧٦ * ٢٩ لا يخلوا . لا يخلو ١٨٠ * ٢٨ بن . ابن ١٨٠ * ٢٩ الظاهر . ظاهر ١٨١ * ٥ بحصول .
الضرر الى . كذا في النسخة ولعل الصواب على أو بوصول الضرر الى الخ ١٨٤ * ١٠ الجرح .
الحرج « ظ » ١٨٤ * ٢٦ ميته . ميتهم « ظ » ١٨٨ * ١٩ الحل الى . الحمل ١٩٠ * ٨ بقطعة .
بقطعه ١٩١ * ٢٢ يجرى . يجري ١٩٢ * ١٤ الحرير . التحرير ١٩٧ * ١ و ١٦ الجذاذ . الجداد
خ ل ١٩٧ * ٢٩ وأبي علي خ ل . وأبي علي خ ٢٠٠ * ١٨ وابرأت . أو ابرأت ٢٠٠ * ٢٢ فاسد .
فاسداً ٢٠٠ * ٢٤ صلى الله عليه وآله وسلم . كذا وجد ولكن الظاهر ان الرواية امامية لانبويه
فلتراجع ٢٠٠ * ٢٦ والحرير . والتحرير ٢٠١ * ١ بالثاني . بالباقي ٢٠٦ * ٧ رهنا . رهنا خ ل ٢٠٦ *
٣٢ الظاهر . والظاهر ٢٠٧ * ٣ كاذبان (متن) . كاذبان الا أن تقول الصغيرة لا تطعن في العدالة
والكذب منها (متن) ٢٠٨ * ٢ للآخر . الآخر ٢٠٨ * ٥ منتها . منتهما ٢٠٨ * ٢٠ والاختصاص .
أو الاختصاص ٢٠٩ * ١ لو . ولو ٢٠٩ * ١ قدم . قدم قول ٢٠٩ * ٢٤ في سليقه قدس سره .
قدس سره في تعليقه ٢١٠ * ٢ وحلما . وخلصا ٢١٠ * ٢٠ نفي . نفى ٢١١ * ١ الراهن . الرهن
٢١١ * ٦ وفوضت . وفرضت ٢١١ * ١١ بهذه . بل بهذه ٢١٢ * ١ ولا فرق في . ولا فرق بين
٢١٢ * ٢ نو . أو ٢١٢ * ٣ الدرهم . الدرهم درهماً ٢١٢ * ١٩ و ٢٠ المقضى . المقضي
٢١٣ * ١ عنهما ودفع . لهما فدفع خ ل ٢١٣ * ٢ عن . من ٢١٣ * ٣ مع . في ٢١٣ * ٢٨ يكون
قد . وقد يكون ٢١٤ * ١ رأي (متن) . رأي وفي ان الرهن على نصف الدين لا كله (متن) ٢١٦ * ٨
عصمه . عظيمة ٢١٧ * ٢ نظر . فيه نظر ٢١٧ * ٢١ تسليمه (تسليم خ ل) . تسليم ٢١٧ * ٣١
وثانياً . وثالثاً « ظ » ٢١٨ * ٢ وثالثاً . ورابعاً « ظ » ٢١٨ * ٢٣ تحكم . تحكم ٢١٨ * ٢٥ وشكا .
وشك ٢١٨ * ٢٩ مشكول . مشكوك ٢١٩ * ٣ لا حاصل . كذا في النسخة ومعناه غير ظاهر فليراجع
٢١٩ * ٢٥ لا يقوى . لا يقوي ٢٢١ * ٢٤ للقامين . المقامين على « ظ » ٢٢٢ * ١ وان . فان
٢٢٢ * ٣ يعفوا . يعفو ٢٢٢ * ١٢ اذا . اذ ٢٢٢ * ٢٥ مقابله . مقابله خ ل ٢٢٣ * ٨ دليل .
دليله ٢٢٦ * ١ وغرامة العبد بفكه . وغرامته العبد بفكه من الرهن ٢٢٦ * ١ بالقيمه . بالقيمة مع
البذل ٢٢٦ * ٢١ الراهن . الرهن ٢٢٨ * ١ التخليص . التخلص خ ل ٢٣٠ * ٢ و ٢٠ برقبته .
برقبته ٢٣٠ * ٣ المستوفان . المستوفاة ٢٣٢ * ٢ فينعتق . فينعتق عليه ٢٣٢ * ٢٥ لان في . لان
٢٣٣ * ٣ الحجر الحجر . الحجر وهو المنع عن التصرف ٢٣٤ * ١ وهنا فصول الاول الصغير ويحجر
عليه في جميع التصرفات (متن) . فهنا فصول الاول في الصغير ويحجر عليه في جميع التصرفات ويعتد
بأخباره عن الاذن في فتح الباب والملك عند ايصال الهدية (متن) ٢٣٤ * ٢ الصباع . الصباغ
٢٣٤ * ٣ وحجرة . وحجر ٢٣٤ * ١٨ الحلة . الحالة ٢٣٥ * ١ و ٦ بأمرين . بأمور الاول ٢٣٥ *

٢٧ القولين . أحد القولين ٢٣٦ * ٢١ الروضة . الروض ٢٣٧ * ١ الضعيف . الضعيف ولا شعر الابط ٢٣٨ * ١ الانثى (متن) . الانثى وفي رواية اذا بلغ الصبي عشراً جازت وصيته وصدقته وأقيمت عليه الحدود التامة وفي أخرى خمسة اشبار (متن) ٢٤٠ * ٥ حق . متى ٢٤٠ * ١٩ تضمنة . تضمنته ٢٤٠ * ٢٨ الا . لا ٢٤٢ * ١٥ سبقه (متن) . سبقه ولا يعرف الحمل الا بالوضع فيحكم حينئذ بالبلوغ قبل الوضع بستة أشهر وشيء (متن) ٢٤٢ * ٥ ونفى . ونفي ٢٤٣ * ١ الملكة . الملكة ٢٤٧ * ٣ و . ! أهلها . أهلها ٢٤٧ * ٤ وروى ابن عباس . كذا في النسخة ولعل الصواب وروي عن ابن عباس ٢٤٧ * ٥ تقردتا . تفردتا ٢٤٧ * ١٣ يتبذلون . ينبذلون ٢٤٧ * ٢٨ وينفر . وينقر ٢٥١ * ٢٧ اقتصر على . اقتصر في « ظ » ٢٥٢ * ١٢ الى . على « ظ » ٢٥٢ * ٢٠ تحته ممنيان . الظاهران هاتين الكلمتين حاشية ٢٥٣ * ٧ أخرج . خرج ٢٥٤ * ١٤ (اجتده خ ل) . (اجده خ ل) ٢٥٥ * ١٠ وجده . أوجده ٢٥٥ * ٩ آتيك . آتيتك « ظ » ٢٥٥ * ١٢ يخلوا . يخلو ٢٥٥ * ١٧ أرأ فاصله أرآء . ارى فاصله أرء أرآء ٢٥٥ * ١٩ صدور . صدره ٢٥٥ * ٢٤ المراثي . المرائى ٢٥٦ * ٢١ معارض . يعارض ٢٥٧ * ٣ المسالك . المسالك قال « ظ » ٢٥٨ * ٢٦ املاق . اطلاق ٢٥٩ * ١٨ تجسده . تجدد ٢٦١ * ١٣ ماذا . ماذا ٢٦٤ * ١٩ صنيعتهم . ضيعتهم ٢٦٥ * ٣١ مطاقاً . مطلق ٢٦٥ * ٣٢ تخصيص . تخصيصاً . خا ٢٦٦ * ٢٢ صحة . أصحه ٢٦٧ * ١٠ ق.ا.ة . ٦دية ٢٦٧ * ١٧ وامله واملا ٢٦٧ * ٢٥ وامل نظار . وامل ٣٧ ا أو صمه . أو في صنعه ٢٧٠ * ٢١ يحفظ . يحفظ ٢٧١ * ٤ وليس للأب . والأب ٢٧٢ * ٣ المقصد الفصل ٢٧٣ * ٨ تدعوا . ندعو ٢٧٣ * ١٠ شذاء . شراء ٢٧٣ * ١٨ ولم . ولو لم « ظ » ٢٧٤ * ٩ يخلوا . يخلو ٢٧٥ المتن ساقط من أعلى هذه الصفحة وهو هذا وهل يتوقف الحجر عليه على حكم الحاكم أو يكفي ظهور السفه الاقرب الاول ولا يزول الا بحكمه (متن) ٢٧٥ * ١٤ وهل يتوقف . قوله وهل يتوقف الحجر عليه ٢٧٦ * ٢٠ ضعف . صنف ٢٧٨ * ١ لو أذن . وله أذن ٢٧٨ * ٢٥ ولا . ولأن ٢٧٢ * ١٣ أحرلي . أجرني ٢٨١ * ١٣ والا آن . ولا آن ٢٨٢ * ٢ بالصوم دون الهدي . بالصوم ٢٠٣ * ٢٠ يجب علي . يجب عليه ٢٨٤ * ١٦ أو الاقوى . رأي ٢٨٤ * ١٢ اذا . اذ ٢٨٤ * ٣٢ أي الخبرين . هذه حاشيه ٢٨٦ * ٢٠ محولان . فمحولان ٢١٧ * ٢١ السيد . السيد حينئذ ٢٨٩ * ١ ونافت . وتلف ٢٨٩ * ٣ له . له المولى ٢٩١ * ٣ يعم يعم ولا يتصدق ٢٩٢ * ١ ينضم . ولاينضم ٢٩٢ * ١ نعلو اقرب ذلك . نظر ٢٩٢ * ٢ يصير . ولا يصير ٢٩٢ * ١٥ لم يكن مأدونا لم يكن مأذونا ٢٩٢ * ٢٠ كا . كما في ٢٩٢ * ٣٠ ومشاهدة . وشهادة ٢٩٣ * ٢٦ العسر والعسر ٢٩٤ * ٤ بحال . بمال ٢٩٤ * ١٤ بنفسه الا . بنفسه لا ٢٩٥ * ١٧ لا شعار . لااشعار ٢٩٥ * ٣١ ضرس . ضريس ٢٩٥ * ٣٢ على اذا . على ما اذا ٢٩٨ * ١٣ والاستصحاب . ولا ستصحاب ٢٩٨ * ٢٩ الحير . الخبر ٢٩٨ * ٢٩ واماه . ولعل ٢٩٩ * ١١ والشعمة . والشفقة ٣٠١ * ٥ الزمت بالبرأ . لزمت بالبرء ٣٠٢ * ٢ في . من ٣٠٢ * ٥ مريضاً . مرضا ٣٠٤ * ٩ وضعفنا . وضعفا ٣٠٥ * ٢٣ باختصاص في اختصاص ٣٠٥ * ٣١ كأن . كان ٣٠٦ * ٣٠ البناء . بالبناء « ظ » ٣٠٧ * ١٠ ماله (متن) . ماله وهل يتعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتاج والثمرة الاقرب المنع (متن) ٣٠٧ * ٣٠ بالقرض . بالفرض ٣٠٨ * ٦ وصيته . وصية ٣٠٩ * ٢ بن . ابن ٣٠٩ * ١١ على ان . علي بن ٣٠٩ * ٢٩ غير . عين ٣١٠ * ١ من . امة من ٣١٠ * ٣ وهو . ومن

٣١٠ * ١٣ يأتي يوم • من يأتي يوم ٣١١ * ٢ و٢٠ الدين • الديون ٣١١ * ٢ وقصر • وقصور
٣١١ * ٥ لهذا • بهذا ٣١١ * ١٢ شرط • شرطاً ٣١٤ * ٢٠ غير • غيرا ٣١٦ * ١ في العفو •
والعفو ٣١٦ * ٤ غير • عين ٣١٧ * ٢٥ على • عن ٣١٨ * ١ و٨ اقرض • اقترض ٣٢١ * ١٤
أولا الايقاف لا • أولا لا الايقاف ٣٢٢ * ١ خاصه • خاصه لا في حق الغرماء ٣٢٤ * ٤ ويصير •
ويصبر ٣٢٤ * ١٧ المقر • المقر له ٣٢٥ * ١ القرض • المقرض ٣٢٦ * ٢ نظر اقربه المشع • نظر
٣٢٦ * ٣ له • له الغرماء ٣٢٧ * ١ عنه • معه ٣٢٧ * ٢٧ ديته • ريبه ٣٢٧ * ٣٢ برفعه •
يرفعه ٣٢٨ * ٢٤ استطرادها • استطراد لها ٣٢٩ * ٢٦ البدوأة • البدئة ٣٢٩ * ٢٨ وجهه •
ووجهه «ظ» ٣٣١ * ١ ثم • ثم يقسم ٣٣٣ * ١٣ نفي • في ٣٣٥ * ١٩ امعان • انعام ٣٣٦ *
٢١ بن • ابن ٣٣٦ * ٢٤ تقارض • تعارض ٣٣٦ * ٢٥ هناك • هنا ٣٣٧ * ٥ وكالمتدافعين •
أو كالمتدافعين ٣٣٨ * ١ و١٢ الغريم • الغريم بالدين ٣٣٨ * ٢ على الاقوى • قطعاً خ ل ٣٣٩ *
٣ غيره (متن) • غيره وان لم يكن سواها (متن) ٣٤٠ * ٦ من • عن ٣٤١ * ٢ و١٩ المال • المال به
٣٤١ * ١٧ الفرض • الغرض ٣٤٢ * ٣ قالوا قال • قال «ظ» ٣٤٢ * ٢٧ يخلوا • يخلو ٣٤٣ *
٤ بقيمة السلم • بقيمة المسلم فيه ٣٤٣ * ٢٥ له • له الفسخ ٣٤٦ * ٣ و١٩ على • على حق ٣٤٨ * ٢
باعه • باعها ٣٤٩ * ٤ العكس • العكس «ظ» ٣٥٠ * ١ و٢٢ عليه • عليه مثله ٣٥٠ * ١٠
بقوله • بقول ٣٥٤ * ٨ بجنس • بحبس ٣٥٤ * ٢١ قضيته • قضية ٣٥٥ * ٤ ولو هذا لان •
ولولا هذان ٣٥٧ * ١ الملائة • الملائة فلو تجدد لم يكن له فسخ الضمان ٣٥٧ * ٣ أتاح • أتاح
الله «ظ» ٣٥٨ * ١ الزوجة • الزوجة من دون اذن الزوج ٣٥٨ * ١ و١٢ اتكال • اتكال ينشأ
٣٥٩ * ١ العتق قطعا • العتق ٣٥٩ * ١ اذن له • اذن ٣٥٩ * ١ و٥ ويتبع • فيتبع ٣٥٩ * ٢٨
الضمون • المضمون ٣٦٠ * ١٨ والسبر • والسبر ٣٦٠ * ٣٢ يتبرع • تبرع ٣٦٢ * ٢ الثلث •
الثلث والاخرس ان عرفت اشارته صح ضمانه والا فلا ٣٦٢ * ٣ الضمان (متن) • الضمان لانه كالاداء
(متن) ٣٦٣ * ١ الضمان • الضمان لم يبطل ٣٦٥ * ٢ المؤمنين • المؤمنين عليه السلام ٣٦٥ * ٧
له عنه • له ٣٦٦ * ١٨ ينقله • بنقله ٣٦٦ * ٣٢ التراضي • التراخي ٣٦٧ * ٢ المضمون • المضمون
به ٣٧١ * ١ و١٢ ما يستلزمه • ماسيلزمه ٣٧٢ * ١ و٤ والعارية • والعارية المضمونة ٣٧٢ *
٣٢ العهد • العهدة ٣٧٣ * ٢ و٢٥ عنه • عن ٣٧٣ * ١٣ عزم • غرم ٣٧٥ * ١٣ مستحا •
مستحقاً ٣٧٧ * ٦ عنها • عنهما ٣٧٧ * ١٣ والمهذب • في المهذب «ظ» ٣٧٧ * ٢٠ فصلي •
الظاهر نقصان كلمة هنا فلتراجع ٣٧٧ * ٢٤ عليه • عليهما ٣٧٨ * ١ وكتاب • أو كتاب
٣٧٩ * ١ حينئذ (متن) • حينئذ ولاضمنت شيئاً مما لك عليه (متن) ٣٨٠ * ٦ فظر • نظر ٣٨٠ *
١٠ التكليف • التكلف ٣٨٠ * ٢٢ وانه • وان ٣٨٢ * ٣ و١٩ مات • مات الضامن ٣٨٢ * ٤ لم •
لم ذلك ٣٨٣ * ١ ثم ان • ثم ٣٨٤ * ٣٠ يصلح • بصلح ٣٨٥ * ١ و١٨ تفريط • تفريط الضامن
٣٨٥ * ١٤ الاصيل • الاصل ٣٨٥ * ٢١ المؤمنين • المؤمنون ٣٨٥ * ٢٣ لاداء • الاداء ٣٨٧ *
١٢ انما • انا ٣٨٨ * ٦ اجر • اوجر ٣٨٨ * ٢١ الرجوع الى • الرجوع ٣٨٨ * ٢٦ احداها •
احدهما ٣٨٩ * ١٢ المجازاة • المجازات ٣٩١ * ١١ أوعين • عين او ٣٩٢ * ٥ عن • من ٣٩٢ *
١٠ التذكره • التذكرة ٣٩٢ * ٢٦ فبالحصته • فبالحصة ٣٩٣ * ١٥ عدم الضمان غيره كذا وجد ولعل

الصواب ضمان غيره أو الضمان من غيره ٣٩٣ * ١٦ بوجوب . بوجود ٣٩٣ * ٣٩ فما كتب فيما كتبنا
٣٩٤ * ٣ قصد . قصده ٣٩٤ * ٣ وان . فان ٣٩٥ * ١٨ و ٢٢ و ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ المبرأ .
المبرئ ٣٩٦ * ٣ و ٤ و ٥ و ١٦ و ١٧ المبرأ المبرئ ٣٩٦ * ٥ يبرأ . يبرؤ ٣٩٧ * ٢ الدين . الدين ايضا ٣٩٧ *
٣٢ ان ينكر . ان ينكر الاصيل ٣٩٨ * ٢٣ ذكرنا . ذكرناه « ظ » ٤٠١ * ١٧ عليه . عليه انه ٤٠٢ * ٤
آلا الماذون . الاداء الماذون فيه ٤٠٣ * ١ و ٤ تعارضا . تعارض ٤٠٣ * ٢٥ ذمته . ذمته عن حق الدافع
٤٠٤ * ٢٣ فلا يؤبه به . الذي وجدناه في النسخ فلا يؤبه به ومعناه غير ظاهر وكان الصواب فلا يرد
به أو نحو ذلك فليراجع ٤٠٥ * ١ و ٣١ أو كونه . وكونه ٤٠٥ * ٢١ والحلان . والخلاف ٤٠٥ * ٢٨
والمطي . والمعطى ٤٠٥ * ٢٨ يصح . تصح ٤٠٦ * ٨ حكاية . حكايته ٤٠٨ * ٢ و ١٧ يبرأ . يبرئه
٤٠٩ * ٢٣ الحيل . المحيل الى ذمة المحال ٤٠٩ * ٢٤ الحال . المحال ٤١١ * ٢٣ فصحة . فصحت
٤١٢ * ٢٧ لو . لولا ٤١٣ * ١ لانه . لانها ٤١٣ * ٥ المفروض من . المفروض ٤١٣ * ١٥ اننا .
انا ٤١٥ * ٩ الحواله . المحواله ليرجع ٤١٥ * ١٧ فتخيره . فتخييره ٤١٥ * ٢٨ وأنها . وانه « ظ »
٤١٦ * ١٥ ذلك . ذلك لانه كان مأذوناً في القبض بجهة فاذا بطلت في أصل الاذن والاصح العدم
لان الاذن الذي كان ضمنا لايقوم بنفسه ٤١٦ * ٩ بنفسه . بنفسه » ٤١٧ * ٢٧ يقول . يقول
٤١٨ * ٣ من . على خ ل ٤١٨ * ٤ بنيته الحسبه . بنية الحسبه ٤١٩ * ٢ احلافه . احلافه على
نفي العلم ٤٢٠ * ٢٢ وادعي . اوادعى ٤٢١ * ١ ان قولت . قبلت ٤٢١ * ٤ اللفظ . اللفظ له ٤٢١
* ٢٨ قدح . قدح هنا ٤٢١ * ٢٩ التي هي . التي ٤٢١ * ٣٠ هنا . هنا لقدح ٤٢٤ * ٢ ملكه فلا
أقل من ان يكون ذلك اذناً في التملك . ملكه ٤٢٤ * ٥ شهر . شهر مثلا ٤٢٤ * ١٧ القبض . بالقبض
٤٢٤ * ١٩ هذا في . هذا وفي ٤٢٥ * ١ فرع . الرابع ٤٢٥ * ٧ لمقتضي . لمقتضى ٤٢٦ * ٢ عنه الفصل
الثاني . عنه ولو أحال من لادين عليه على من لادين عليه فهي وكالة في الاقتراض المحـ ل الثالث
٤٢٦ * ١١ الثاني . الثالث ٤٢٧ * ١ فعمرو * فبعمرو خ ل ٤٢٧ * ٢ الكفالة (متن) . الكفاله هو
قال ان حشت فانا كفيل به لم يصح على اشكال (متن) ٤٢٩ * ١ وعليه . أي الضابط (حاسيه)
٤٢٩ * ١٨ ولم . ولولم ٤٣٠ * ١٠ ان الكفالة . انه لا كفالة . ٤٣٠ * ٢٤ غير . حيز ٤٣٠ * ٢٤ وقضيته
. وقضية ٤٣١ * ١ العدم . العدم كوت المكفول ٤٣١ * ٤ شرط . شرطاً ٤٣٣ * ٢ ...
نفسه ٤٣٤ * ٢ اتفي . اتفق فيهما ٤٣٤ * ٢ بخلاف . بخلاف حبس ٤٣٥ * ١ عن . من ٤٣٦ * ٢
الاحضار . الاحضار خاصه ٤٣٦ * ١٠ و ٣ كذا . كذا الى كذا ٤٣٦ * ٢٣ عن . عنه ٤٣٧ * ٢٣ ان .
ان في ٤٣٨ * ٢٥ فافترقا كذا . فافترق ٤٣٩ * ١٥ ... ٤٤٠ * ٨ ... كذا وجد
ولعل الصواب عليه اي اذا باع الدين على المدبون نفسه (محسن) ٤٤٠ * ٢٥ خلوا . فخاصة « ظ »
٤٤٢ * ١ المال . المال قهرا ٤٤٤ * ١ لوقال . الخامس لوقال ٤٤٥ * ٧ الخرابي . الحربين ٤٤٦
* ١ لوهرب . السادس لوهرب ٤٤٦ * ٢ ... ٤٤٦ * ٨ المبرأ . ... ٤٤٦ * ١٥
مع فرنه لايخفى وقوع خلل في العبارة الى قوله الا كان قاله ... (مصححه) ٤٤٧ * ١ لو أسلم .
الثامن لو أسلم ٤٤٧ * ١٢ و ١٢ حقي . من حقي « ظ » ٤٤٨ * ١ الاشكال (متن) واشكال فيهما ان كان
ضامناً فانه لايسقط باسلام المضمون عنه وفي رجوع الضامن الماذون عليه القيمة نظر (متن) ٤٤٨ *
١٦ المكفول . المكفول له « ظ » ٤٤٨ * ٢٨ هل . هل هو « ظ » ٤٤٩ * ١ لو . الناسع لو ٤٥١

* ٢ الابقاء . الالقاء ٤٥١ * ٩ ضمناً . ضمنا ٤٥١ * ٣١ المركبان . الركبان ٤٥٣ * ١ الاقرب . العاشر الاقرب ٤٥٣ * ١ وغيرها بدأ . اوغيرها برأ ٤٥٣ * ٢ لوادي . الحادي عشر لوادي ٤٥٤ * ٦ وقضية . وقضيته ٤٥٥ * ١٤ حقيقة . حقية ٤٥٦ * ٤ رضا . الرضا خ ل ٤٥٧ * ١٨ اختيار . خيار ٤٥٨ * ١ والانكار اجماعاً . والانكار ٤٥٨ * ٦ من . عن « ظ » ٤٥٩ * ٨ يخلوا . يخلو ٤٦١ * ٩ وكان له . كان ٤٦٢ * ٢٩ يبرأ . يبرئ ٤٦٢ * ٣١ بنقص . بنقض ٤٦٣ * ٣١ كما اذا . كما ٤٦٣ * ٣١ و ٣١ عمر . عمرو ٤٦٣ * ٣٢ شراؤه . شراؤه منه ٤٦٦ * ١ من . عن خ ل ٤٦٧ * ١٤ فشار . فأشار ٤٦٧ * ٢٦ منشاؤه . منشأه ٤٦٨ * ١ و ٧ اقرار . اقراراً ٤٦٨ * ١٢ نصح . يصح ٤٦٨ * ٢٢ يريد . يريدا ٤٦٩ * ١٧ البينة . النسبة ٤٦٩ * ١٩ بقاؤهما . بقائهما ٤٦٩ * ٢١ حسنة . حسنته ٤٦٩ * ٣٢ لانه . ولانه ٤٧٠ * ٧ تقريره . وتقريره « ظ » ٤٧٠ * ١٨ علم . علماً ٤٧٠ * ٢٧ ان القمة يكون هبته . أن يكون هبة ٤٧٠ * ٣٠ معنى . القمة معنى ٤٧١ * ١ صرفاً . صرفا ولو ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح ٤٧١ * ١٦ و بافاته . و بافادته ٣٧٣ * ٣١ تجديد . تحديد ٤٧٤ * ١ و ١٦ بها . بها الدرب ٤٧٤ * ١٠ غالباً . عالياً ٤٧٦ * ١٨ مملك . ملك ٤٧٧ * ٢٦ أحدهما احدهما ٤٧٨ * ١٠ أحدهما . احدهما ٤٧٨ * ١٧ ولعله خ . ولعله « ظ » ٤٧٩ * ٩ الاجال . الاحمال ٤٧٩ * ١٦ الارتفاق . الارتفاق ٤٨١ * ٥ بمكانه . بمكانة ٤٨٢ * ٢ الاعارة . الاعارة لو استعاره الجار ٤٨٣ * ١ افتقر . افتقر في تجديد الوضع ٤٨٤ * ١ شرط . بشرط التعيين ٤٨٥ * ٣ الدولاب . وكذا لا يجبر على الشركة في عمارة الدولاب خ ل ٤٨٧ * ٣ يزيد . يريد ٤٨٧ * ٧ نهى . نهي ٤٨٧ * ٢٥ خشبة . خشبه ٤٨٧ * ٣١ نفس . نصف ٤٨٨ * ٩ عليهما عليها ٤٨٩ * ٧ ان أراد . وان أراد ٤٨٩ * ... تخط « ظ » ٤٨٩ * ٨ خبطاً . خطأ « ظ » ٤٨٩ * ٢٩ و ٣٠ سيينه . سينيه ٤٩٠ * ٢ ذلك ... مشكه ٤٩٠ * ٣ لو . ولو ٤٩٠ * ٣٠ لسبب . بسبب ٤٩١ * ١ و ٦ الاستكان . الاستكنان ٤٩١ * ٢ وروع . ... الاول ٤٩٢ * ١ لا يجوز . الثالث لا يجوز ٤٩٢ * ١٠ متنضد . متضداً ٤٩٢ * ١٣ بالاعيان خ . بالا... « ظ » ٤٩٢ * ١٥ الممر . الممر الذي ٤٩٣ * ٤ اقرار . اقرارا ٤٩٣ * ٢٥ اليها . اليه ٤٩٥ * ٤ شركة . ... ركة له ٤٩٥ * ٣٣ وكان . وكانت ٤٩٦ * ... ويعطي . ويعطى ٤٩٦ * ١ الباقي (متن) . الباقي مع التشبث (متن) ٤٩٦ * ... قصى . قصي ٤٩٧ * ١ من اثنين . عن اثنين ٤٩٨ * ٣ وذكروهما . وذكروها ٤٩٨ * ٢٢ ما . مما ٥٠١ * ٢٣ وكثير . وكثيرا ٥٠٢ * ٢١ الملابس . اللابس ٥٠٢ * ٢٢ ثبات . ثياب ٥٠٢ * ٣٠ بانه كذا . بانها « ظ » ٥٠٣ * ١ اذا . واذا ٥٠٣ * ٢ المنكر وابراء . المنكر من الخصومة وابراء له ٥٠٣ * ٣٠ عليين . علمين ٥٠٤ * ٧ وقد . قد خ ل ٥٠٦ * ٢ و ١٢ الاستحقاق . استحقاقه ٥٠٦ * ١٨ ابراؤهما ابراءهما ٥٠٦ * ٢٧ سبحانه وتعالى . سبحانه ٥٠٧ * ١ لو . ولو ٥٠٧ * ٣٠ وقبته . وقبة ٥٠٨ * ٢ والكتابات . والكتابات بجص أو آجر ٥٠٨ * ١٠ بالخطيرة بالحظيرة ٥٠٨ * ١٤ حكي . حكى ٥٠٩ * ٣ امتداده . امتداده في العلو ٥١٠ * ٢٦ قضى . قضي ٥١٢ * ١٤ سبحانه وتعالى . سبحانه ٥١٢ * ١٨ سنة عشر . ستة عشر ٥١٢ * ٢٣ فظهرة . فظهرت ﴿ تنبيه ﴾ وقع في عدة صفحات عند ذكر التصلية والتسليم هكذا (صلى الله عليه وسلم) وصوابه (صلى الله عليه وآله وسلم) وذلك في صفحة ٣ سطر ١٥ و ١٦ و ١٨ وص ٤ س ٩ و ٢٠ وص ٦ س ٨ وص ٧ س ٢٧ وصفحة ٩ س ١٥ وص ٣١ س ١٠ وص ٤١ س ٣ وص

[illegible] ٨ وص ٦ س ٧ و ١٢ و ١٤ وص ٥٦ س ٢٤ وص ٧٨ س ١٢ [illegible] ٣٢ وص ١١٥ س ١٠ وص ١٣٢ س ٢ وص ١٤٤ س ١٥ وص ١٤٧ س ١١ وص ١٩٢ س ١٩ وص ١٦٩ س ٣٢ وص ١٧٨ س ٩ وص ١٨٠ س ٣٢ وص ١٨٢ س ٧ وص ١٨٦ س ١٤ و ١٦ وص ١٩٧ س ١١ وص ٢٠٠ س ٢٤ وص ٢٠٩ س ٣٢ وص ٢٤١ س ٣٢ وص ٢٤٢ س ١٧ و ١٨ وص ٢٥٣ س ٣ و ٢٤ وص ٢٥٥ س ٦ و ٧ و ٩ وص ٢٦٧ س ٩ وص ٢٦٩ س ١٩ و ٣١ وص ٢٨٠ س ١٣ وص ٣٠١ س ١٢ و ٣٢ وص ٣١٣ س ١٤ وص ٣٢٤ س ١٣ وص ٣٢٦ س ١٨ وص ٣٤٠ س ٦ وص ٣٤٩ س ٣ وص ٣٥٩ س ٣ وص ٣٦٣ س ٤ وص ٣٦٤ س ٢٢ و ٣١ وص ٣٦٥ س ٢٩ و ٣٢ وص ٣٦٦ س ٣ و ٦ وص ٣٦٨ س ٢٢ وص ٣٦٩ س ١٠ وص ٣٧٧ س ١٨ و ١٩ و ٢١ و ٢٣ و ٣٠ وص ٣٨٥ س ٢١ (واعلم) أنه قد سقط من المتن من آخر مبحث الحجر مقدار ورقة كما انه لم يوجد لها شرح فكأن الحوادث حالت دون اتمام شرحها

(وقد) عني تصحيح كتاب الدين ووضع له الفهرست وجدول الخطأ والصواب العبد الفقير الى عفو ربه الغني محسن بن المرحوم السيد عبد الكريم الحسيني العاملي الشقرائي نزيل دمشق الشام غفر الله له ولوالديه ونسأله تعالى أن ينفعنا به وجميع الطالبين ويجزل لنا الثواب يوم الدين

(وقد) وفق الله تعالى لاتمام طبع كتاب الدين في ٢٦ جمادي الاولى سنة ١٣٣٦ من الهجرة والحمد لله أولاً وآخراً وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً